Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

"Memoria Jurídica"

"Los Pensamientos de un Iusnaturalista"

Estudios jurídicos del Licenciado Diego León Rábago

Julio de 2018 | Año I. No. 3

Memoria Jurídica del Poder Judicial de Guanajuato

"Los Pensamientos de un Iusnaturalista"

Estudios jurídicos del Licenciado Diego León Rábago

Julio de 2018 | Año I. No. 3

Crédito fotográfico: *Felipe Villagómez Gallardo*

Contenido

Preliminar 9

Mensaje inicial de la Magistrada Presidenta 10

Directorio del Poder Judicial 11

Liminar. Presentación de la obra por parte del Magistrado Diego León Zavala 13

Prólogo de la PhD. Mariela Sánchez Salas 17

Reseña biográfica 21

Función legislativa: Forma y finalidad 22

Hugo Grocio 27

Una propuesta de solución al problema del aborto en caso de violación 33

El problema jurídico del diagnóstico de la muerte 53

Mensaje final de la Magistrada Presidenta 72

La revista *"Memoria jurídica"* es una publicación bimensual que tiene el propósito de rescatar de los viejos estantes, criterios o investigaciones realizadas por o para el Poder Judicial de Guanajuato y dar continuidad a dichas investigaciones.

El texto se publica íntegro respetando lo realizado por el autor.[1]

Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra con la condición de que se precise la fuente, el autor y la creación en Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial de Guanajuato.

Los contenidos de los artículos son exclusivamente responsabilidad de sus autores y no representa la postura oficial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

1. Las notas al pie de esta obra siguen un orden progresivo numérico y, a fin de respetar los artículos originales, se anota, entre paréntesis, el número asignado en el texto original.

> ***"(…) Memoria Jurídica reconoce la brillante trayectoria de un abogado guanajuatense que ha dejado una huella indeleble (…)"*** [2]

Magistrada Claudia Barrera Rangel

2. Palabras pronunciadas el 27 de febrero del 2018 en el salón Miguel Hidalgo del Poder Judicial del Estado Guanajuato en el discurso de la Magistrada Presidenta al presentar el primer número de la revista Memoria Jurídica.

Memoria Jurídica del Poder Judicial de Guanajuato

"Los Pensamientos de un Iusnaturalista"

Estudios jurídicos del Licenciado Diego León Rábago

DIRECTORIO

Presidenta
Mgda. Ma. Claudia Barrera Rangel

Salas Penales

Primera Sala
Mgdo. Víctor Federico Pérez Hernández
Segunda Sala
Mgdo. Eduardo Hernández Barrón
Tercera Sala
Mgdo. Alfonso Fragoso Gutiérrez
Cuarta Sala
Mgdo. Héctor Tinajero Muñoz
Quinta Sala
Mgdo. Francisco Aguilera Troncoso
Sexta Sala
Mgdo. Daniel Federico Chowell Arenas
Séptima Sala
Mgdo. Luis Alberto Valdez López
Octava Sala
Mgda. Gloria Jasso Bravo
Novena Sala
Mgdo. Plácido Álvarez Cárdenas
Décima Sala
Mgdo. Miguel Valadez Reyes

Salas Civiles

Primera Sala
Mgdo. Diego León Zavala
Segunda Sala
Mgda. Ma. Elena Hernández Muñoz
Tercera Sala
Mgdo. Francisco Javier Zamora Rocha
Cuarta Sala
Mgda. Martha Isabel Villar Torres
Quinta Sala
Mgda. Martha Susana Barragán Rangel
Sexta Sala
Mgdo. Fernando Reyes Solórzano
Séptima Sala
Mgdo. Eloy Zavala Arredondo
Octava Sala
Mgdo. José Luis Aranda Galván
Novena Sala
Mgdo. Roberto Ávila García
Décima Sala
Mgda. Carolina Orozco Arredondo

CONSEJEROS

Ponencia 2
Consejero Pablo López Zuloaga

Ponencia 3
Consejera Ma. de los Ángeles Camarena Soria

Ponencia 4
Consejero Sergio López García

SECRETARIOS GENERALES

Supremo Tribunal de Justicia del Estado
Lic. Laura Angélica Ángeles Zamudio

Consejo del Poder Judicial
Mtro. Luis Eugenio Serrano Ortega

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JUDICIAL

Director
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero

INVESTIGACIONES JURÍDICAS DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO

Investigador
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Presentador invitado
Magistrado Diego León Zavala

Prologuista invitada
PhD. Mariela Sánchez Salas

Liminar

En su largo andar como jurista e investigador Diego León Rábago ha creado una vasta obra jurídica; en ella de manera clara, sencilla y puntual nos ha trasmitido su experiencia, conocimiento y pensamiento. Su obra abarca diversos tópicos jurídicos, sobre sociología, bioética, historia, música, patrimonio, minería, comunicación social y hasta cuentos de ciencia ficción.

Su paso a través de diversos cargos públicos federal, estatal y municipal, pero principalmente en el Poder Judicial del Estado, en el cual fue Juez, Secretario de acuerdos y Magistrado penal, así como en el ámbito académico en la Universidad de Guanajuato, y diversos estudios en el extranjero, le han permitido crear una convicción del valor de la ética, la moral y vida humana.

Hoy podemos afirmar que se trata de un verdadero especialista del derecho y la bioética, siendo ya reconocido como miembro numerario de la Academia Nacional Mexicana de Bioética, además de cofundar en Guanajuato un capítulo de esta importante asociación.

De la diversidad de obras que el Maestro León Rábago ha generado, se han seleccionado para la presente publicación que el Poder Judicial del Estado de Guanajuato edita, cuatro artículos de sumo interés para el lector.

Su formación jurídica lo inclinó primordialmente hacia el estudio de la conducta humana, la vida, la salud, las ciencias sociales y los principios morales, despertando así su pasión por los dilemas de la vida y la muerte. No es sencillo de manera alguna abordar temas que pueden bien ser calificados como polémicos, más aún si estos no son planteados con toda seriedad, dado ello, y la sobriedad con que son tratados, acapara hoy la atención de juristas, médicos y filósofos.

En una reflexión hecha por el autor señaló: "La bioética no es una disciplina creada para procurar a la sociedad el aniquilamiento de la vida humana, para investigar a hombres, para matar a hombres o para establecer quien, ante ciertas situaciones y bajo determinadas condiciones, puede impunemente destruir la vida de otro ser humano". Fiel a su forma de pensar, de que no se debe aceptar una teoría como válida o una postura doctrinal por muy brillante o convincente que esta sea, sin antes realizar un buen análisis crítico de sus puntos esenciales, lo ha llevado no sólo a averiguar la verdad en cada tema, sino a buscar soluciones adecuadas a cada problema.

En el artículo denominado "El problema jurídico del diagnóstico de la muerte", aborda un tema que es de suma importancia para el Derecho. Confirma en este que entre la moral y el derecho no hay divorcio, más aún existen coincidencias, ya que en sus fines esenciales protegen la vida, la salud, la integridad corporal y espiritual del ser humano.

Empero, definir y precisar con toda exactitud qué es la muerte, y en qué momento se produce, hoy son actos de estricta competencia de la ciencia médica. Así en la lectura de este artículo León Rábago nos lleva desde una descripción científica a definir lo que él considera como muerte cerebral, y desde los impactos morales hasta los jurídicos que conllevan este tema.

En un segundo artículo, aborda un tema no menos polémico: el aborto para el caso de violación. En él se declara abiertamente como un defensor de la vida, no sin antes de manera acuciosa analizar la evolución que ha tenido este concepto; pasando por los pensadores materialistas, neodarwinistas y positivistas, lo que le lleva a concluir que la vida es un valor absoluto y universal, y que quienes pretendan demostrar que carece de tal carácter se sustentarán siempre en falacias que contradicen al ser mismo del hombre, sus tendencias naturales y su teleología.

Plantea igualmente de manera clara una solución diferente al problema del aborto en una mujer que ha sido violada. Sosteniendo que para el tratamiento legal del problema se deben establecer un

sinnúmero de políticas públicas que prevengan el delito de violación y que la reparación a la víctima sea la más justa y conveniente. Bien vale la pena reflexionar sobre el tema, dejando para este caso al lector la generación de una opinión abierta a tan polémico problema.

No escapa del estudio del Maestro León Rábago, los aspectos sociológicos del derecho. Desde la publicación de su libro "El Hombre: la Sociedad, el Derecho y el Estado" en el año de 1983, plasma su visión sobre el iusnaturalismo y el racionalismo y su crítica hacia estas corrientes del pensamiento.

En su artículo denominado "Hugo Grocio" analiza el pensamiento del filósofo, jurista y diplomático holandés. Explica con claridad la idea del pensador de un derecho natural basado en las sagradas escrituras, recurriendo a la tradición precristiana del derecho natural, surgido del pensamiento griego de la antigüedad clásica, para concluir con la realidad de un Grocio más racionalista que iusnaturalista, cuando afirma el Maestro León Rábago: la moralidad del filósofo tiene un tinte individualista al señalar que el derecho natural da origen al derecho positivo, porque ciertos principios generales de justicia son naturales, es decir, universales e inmutables y que sobre ellos rige el derecho positivo. Concluye con la descripción de dos conceptos sumamente importantes para el derecho: el Estado por un lado y la soberanía por el otro. No niega que las teorías e ideas de Grocio tienen aspectos positivos, tales como la necesidad de un derecho internacional, sin embargo, destaca el articulista aspectos negativos, tales como que el gobernante no se encontraba sometido a control por sus súbditos y a nadie debía rendir cuentas, ello conducía a afirmar la omnipotencia del Estado, hoy estos conceptos difícilmente serían aceptados a no sea de los regímenes estatistas o dictatoriales.

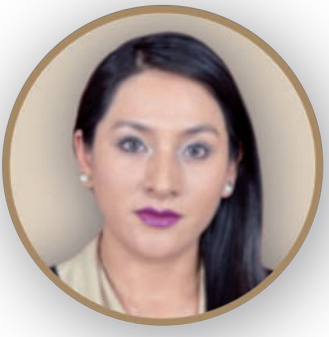
Finalmente, en su artículo "Función Legislativa: forma y finalidad" propone basado en que para la validez de las normas, su contenido debe ser justo y no sólo de aspecto formal, destacando la importancia estabilizadora que el derecho positivo tiene para la sociedad, un cuadro de principios que bien los legisladores deberían tomar en cuenta para facilitarse tan importante función.

Dentro de ellos podemos destacar diversos principios generales tales como que la norma debe ser general, no deber ser retroactiva, debe ser clara, ordenar lo posible, creada con la intención de que sea acatada, congruente con la realidad social, útil, sin restricciones de libertad, sin negar valores y regular las relaciones humanas en justicia. El lector sin duda encontrará en este documento una guía que de seguirse por quienes tienen la función legisladora, puede hacer que lo justo sea lo legal, y viceversa que lo legal sea justo siempre por el sólo hecho de ser legal.

Quizá el Maestro León Rábago no se hubiera imaginado que su vasto trabajo pudiera trascender en varias generaciones y que hoy fuera ya un referente en los estudios principalmente sobre bioética, pero más destacable es la valentía con que toca temas de suyo complejos, podemos estar o no de acuerdo con su criterios, con su pensamiento, pero sin lugar a dudas deja un legado que puede aplicarse para el mejoramiento ético del ejercicio de las profesiones relacionadas con el derecho, la vida, la salud y en el ámbito sociológico.

Magistrado Licenciado Diego León Zavala

Prólogo



PhD. Mariela Sánchez Salas[3]

Cuatro artículos, del profesor Diego León Rábago se prologan en esta ocasión. En el primero de ellos, la función legislativa: que nos introduce al enfoque dado, en esta época, nos recuerda las ideas de Hans Kelsen y el deber de las normas de derecho positivo en su carácter formal, que valen porque satisfacen los requisitos de su proceso de creación, haciéndonos refrescar la noción de justicia y legalidad.

Asimismo, rememora que en algunos estados el poder legislativo o el parlamento en otros, son los encargados de que la norma jurídica debe ser general.

Poniendo de manifiesto que la norma debe ser congruente con la realidad social, regulando las relaciones humanas en base a la justicia. Son varias las consideraciones que evoca el autor, sobre las que invito a los lectores a reflexionar en este artículo, destacando su capacidad analítica.

El segundo ensayo titulado Hugo Grocio destaca en la actualidad, en esta sociedad globalizada la necesidad de recurrir a las ideas primarias de escritores que fueron grandes representantes de las

3. Es de nacionalidad Boliviana, licenciada en derecho, diplomada, especialista y maestra en derecho penal y ciencias criminológicas por la Universidad mayor de San Andrés de su país natal. Doctora (PhD.) por la Universidad Federal de Bahía de Brasil. Es docente en las materias derecho internacional público, derecho internacional privado y derecho internacional financiero en las universidades Universidad Mayor de San Andrés, Universidad de los Andes, Universidad privada de Bolivia. Autora del libro: "El informe de la UIF como presunción iuris tantum" y de los artículos: "Porque los paraísos fiscales son un riesgo para lavar dinero", "disposición de derechos por terceras personas", "la criminalización de las personas expuestas publica y políticamente", "el derecho internacional financiero y su enfoque de la legitimación de ganancias ilícitas".

diversas escuelas del derecho, en especial la del derecho natural con Hugo Grocio.

No esta demás destacar uno de los aportes realizados por Hugo Grocio, cuando concibe el derecho como regulador de las relaciones entre los estados soberanos, ya que por causa de las nuevas herramientas tecnológicas, la realidad de hoy en el ámbito internacional nos hace pensar como una ficción de soberanía, ya que esta es superada por las nuevas formas de criminalidad de las nuevas formas de persecución de estas, como el caso de los delitos trasnacionales.

Sin embargo, al enfocarte en esta lectura, se destacará que Diego León, realzó de manera adecuada los pensamientos de Hugo Grocio, y es necesario considerar esta lectura para trabajar en las nuevas formas de evolución que el derecho expone.

El tercer artículo, una propuesta de solución al problema del aborto en caso de violación al ser de impacto mundial, las diferentes legislaciones en esta época contemporánea se encuentran considerando la necesidad de incorporar en sus cuerpos normativos apartados permisivos, otros, se hallan reacios a tal consideración.

Los problemas principales devienen de las concepciones de derechos humanos, del tema de salud y del tema moral como ciertamente lo manifiesta el autor.

Una corriente relativista abraza esta temática, en la visión de Diego León, no parece ser lógicamente sostenible, ya que pretende que sus postulados triunfen cayendo en una contradicción con los propios postulados del relativismo.

El autor comienza analizando el valor de la vida humana e introduce la Bioética para el Derecho, destacando la visión de los científicos materialistas que fundan en la energía la esencia de la vida. De esta manera arriba a establecer un primer enfoque, en el que considera que la vida es un suceso milagroso.

El abordaje que expone sobre el derecho a la vida conlleva tres fundamentos del cual se destaca la necesidad de protegerla y preservarla de manera que se exige el máximo respeto por esta.

Analizar la legislación federal, en esta materia, conllevo para el autor una revisión del código civil de estado de Guanajuato, con una investigación sobre la capacidad jurídica y la patria potestad; sostuvo que la persona humana surge desde el momento de la concepción.

La presente obra, destaca una agradable investigación, que mediante diversos planteamientos, considera que disponer de la vida del nuevo ser como presunto derecho, no existe.

Hay que destacar las propuestas para un tratamiento legal de la problemática sobre el aborto en casos de violación.

Particularmente, para mí es un honor realizar el prólogo de una investigación realizada en una materia que atinge a varias personas de diferentes países, y que ha generado movimientos de diversa índole, invito a todos a realizar una lectura detenida, de esta obra presentada por el autor, que estoy segura inspirará a muchos.

El último artículo, referente al problema jurídico del diagnóstico de la muerte, ha generado diversos enfoques, sin embargo, no se ha vislumbrado un desarrollo específico, por ello, el aporte que nos propone sobre la "muerte", nos ayudará a observar con mayor claridad en qué momento se produce la muerte del ser humano, para considerar a partir de este la posibilidad de la donación de órganos, atención a moribundos sujetos a terapia intensiva, fertilización técnicamente asistida, aborto, etc.

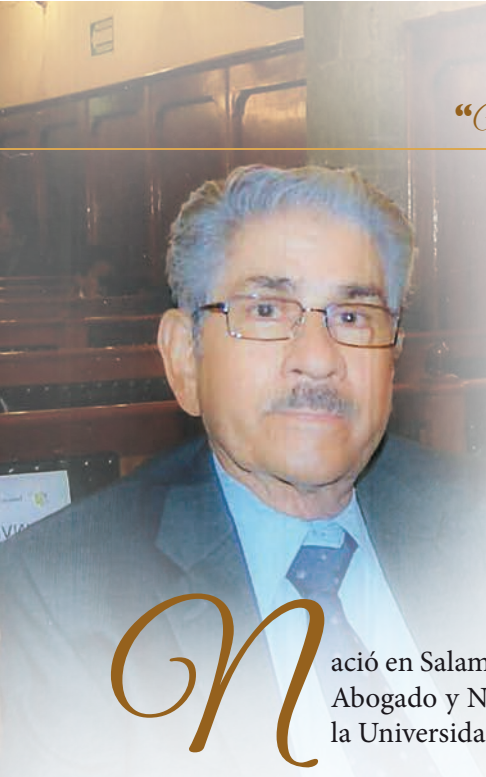
Una característica de los diversos enfoques que brinda, es el abordaje desde una perspectiva eminentemente médica, apoyándose en medios tecnológicos para poder determinar a modo de ejemplo un paro cardiaco, una muerte cerebral, etc.

El autor se preocupa por incorporar la posición de la iglesia católica en este análisis, y su aceptación para el trasplante de órganos ya que esta no ofendería la piedad de los difuntos.

Por otro lado, manifiesta que existe un debate sobre la rectitud médica y la ética en los trasplantes de órganos y tejidos, en la que analiza la normativa de salud. Es una lectura que invita a los profesionales a realizar un análisis de la realidad y responder adecuadamente con herramientas jurídicas que propicien un ambiente favorable en el tratamiento de estos temas.

Hay que destacar la capacidad de investigación y análisis que tiene el autor al proponer esta temática, por supuesto enriquecedora que estoy segura complacerá al lector.

La Paz Bolivia



Reseña biográfica de Diego León Rábago[4]

Nació en Salamanca, Guanajuato, el 26 de febrero de 1942. Es Abogado y Notario Público por la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

Es abogado postulante. Ha tenido diversos cargos administrativos y académicos en la Universidad de Guanajuato, donde continúa desempeñándose como docente investigador en varias materias, destacando los de bioética además de participar en el teatro y en la radiolocución universitaria. Estuvo en el servicio público tanto en la Federación como en el Estado y el municipio de Guanajuato.

Fungió en el Poder Judicial del Estado Guanajuato, como Juez Municipal en Villagrán, Yuriria y Moroleón; Juez de Partido en San Luis de la Paz y Salamanca; Secretario General del Supremo Tribunal De Justicia, Magistrado Supernumerario, Magistrado Propietario de la Quinta Sala Penal, Juez auxiliar y Secretario adscrito a la Tercera Sala Civil.

Ha escrito cuentos, artículos, capítulos de libros y libros, alguno de estos últimos: "El hombre: la Sociedad, el Derecho y el Estado" y "Compilación Histórica de la Universidad de Guanajuato".

4. Datos obtenidos del curriculum vitae proporcionado por el Magistrado Diego León Zavala.

Función legislativa: Forma y finalidad[5]

La legislación es nuestra principal fuente de derecho y este tema merece nuestra mayor atención. Nos ocuparemos de algunas cuestiones centrales sobre tan importante función estatal.

Para Hans Kelsen, el deber ser de las normas de derecho positivo es formal y relativo. Formal, en cuanto esas normas valen no porque deriven de valores como el bien o la justicia, sino porque satisfacen los requisitos de su proceso de creación, es decir, de su proceso legislativo. Relativo, en cuanto la rectitud o justicia del derecho positivo es medida de acuerdo con los criterios establecidos por ese mismo derecho y no atendiendo a su coincidencia con los valores mencionados. El carácter relativo del deber se deriva inmediatamente de su índole formal, pues como para la validez del derecho solo se exige la conformidad con las reglas del procedimiento establecido para su propia creación y no su coincidencia con el valor absoluto de la justicia, tal deber en la norma positiva no es absoluto, ya que la norma no puede pretender tal atributo, sino solo que se le considere legalmente establecida, en relación con otra de grado superior.

Kelsen hace coincidir los conceptos de justicia y legalidad. La justicia significa legalidad, ya que lo justo consiste en que una regla sea efectivamente aplicada. Injusto es que la regla sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otro semejante. La justicia es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación.

Los anteriores conceptos nos pueden llevar en la práctica a verdaderos absurdos. Las normas de derechos positivo son justas por el solo hecho de existir, de haber sido creadas de acuerdo a reglas de

5. Publicada originalmente en el Boletín del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. Número 1. Guanajuato, capital. México. Diciembre de 1979; pp. 37-40.

un procedimiento legislativo establecido por una norma superior; no lo son en razón de su propio contenido que bien puede ser arbitrario o atentatorio de la integridad de la persona humana. Según el enunciado de Kelsen, cabe decir que una norma que permita dañar a otro o menoscabar la vida social de todas las maneras vale si ha sido creada conforme a su proceso generador extrínseco, ya que no cabe la consideración de poder sancionar axiológicamente su contenido.

La postura Kelseniana ofrece una deficiencia esencial más: la afirmación de que si la norma se aplica, es decir, si tiene eficacia, es consecuentemente valida o "justa". García Máynez critica lo anterior expresando: ". . . el hecho de que un precepto sea cumplido o aplicado prueba solo su eficacia; de ningún modo la bondad de lo que ordena". Kelsen confunde, pues, el concepto de "eficacia jurídica" con el de "justicia", congruente con su postura positivista que hace rigurosa distinción entre "derecho real" o "existente" y "derecho ideal". Pero si bien es cierto que muchos preceptos jurídicos tienen eficacia y son útiles como medios de control de la conducta humana, no la tienen porque sea intrínsecamente justos, sino porque están dotados de coercibilidad. Los conceptos, entonces, de eficacia y coercibilidad tienen entre si una indisoluble unión y, no es así con el concepto de justicia. Convenir, en consecuencia, que lo justo sea lo legal – eficaz, o viceversa, que lo legal-eficaz sea justo siempre y por el solo hecho de ser legal, es considerar al derecho como sólo simple fenómeno de fuerza o como mero capricho de autoridad, lo que equivale a despojarlo de sus más altos fines. La definición que algunos positivistas dan del derecho, como sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de ésta dentro de la sociedad, carece totalmente de bases.

De acuerdo a lo anterior, debemos afirmar que la validez de una norma deriva de su contenido justo y no sólo de su aspecto formal. En esta consideración no desconocemos la importancia estabilizadora que el derecho positivo tiene para la sociedad, ni tampoco la necesidad que hay de otorgarle eficacia. Estimamos que la norma jurídica debe tener validez formal, pues en su ausencia tal función estabilizadora no se podría realizar y el orden social no existiría simplemente. Pero estamos

también seguros de que esa función no se cumpliría si las normas careciesen de un contenido justo, de una finalidad esencialmente axiológica.

Ahora bien, ¿Cómo es posible llevar a cabo lo antes dicho en el momento de proceder a la creación de las normas? En respuesta a lo anterior, es posible establecer un cuadro de principios con cuyo auxilio puede facilitarse tal función:

1.- La norma jurídica debe ser general: este principio implica la necesidad de saber lo que es "general", concepto no bien precisado por los tratadistas. Por "general", expresan algunos, debemos entender que las normas jurídicas deben estar dirigidas a todos, deben ser redactadas en forma impersonal. Esto excluye la posibilidad de crear normas destinadas a determinados sujetos, en forma especial. Tal idea pugna con el sentido de la justicia distributiva, que ordena el trato igual al igual y el trato desigual a los desiguales. Ante esa situación, solo resta considerar que el concepto "general" es referido a aquellos sujetos que se encuentran en una misma situación jurídica.

2.- La norma no debe ser retroactiva, salvo en los casos en que su aplicación puede beneficiar a sus destinatarios. La aplicación de una norma retroactivamente, produce, en general, no sólo el perjuicio directo en contra de quien se aplica, sino, además, el menoscabo de la seguridad jurídica social.

3.- La norma debe ser clara: un precepto oscuro e incoherente pueda hacer inaccesible el derecho para los destinatarios del mismo. Esto lesiona el bien jurídico de la seguridad y puede derivar en graves abusos de autoridad.

4.- La norma no debe ser contradictoria, ni en su propio contenido ni en relación con otros preceptos jurídicos: una norma, por poner un ejemplo sencillo, que ordenase cumplir con una obligación y que, luego, estableciese una sanción contra el que la cumpliese, sería

contradictoria en su propio contenido; una norma que estableciese la obligación de pagar impuestos el día primero del año y, otra que determinase el primero de junio.

5.- La norma debe ordenar lo posible: establecer lo imposible es ocioso y violatorio del principio que dice: "nadie está obligado a lo imposible". Las consecuencias que acarrea una norma de contenido imposible son las de su inobservancia y de la imposición arbitraria de sanciones al que la incumple.

6.- La norma debe ser creada con la intención de que sea acatada y no pretendiendo lo contrario para provocar la actualización de la sanción: la consecuencia de lo último es el abuso de autoridad.

7.- La norma debe ser congruente con la realidad social: esto significa que no puede ser contraria a las costumbres y principios vigentes en que se sustente la estabilidad social, ni puede tender a producir supuestos cambios sociales contrarios a la ideología dominante en el grupo social, en cuanto esto pueda alterar la paz, el orden y la recta composición social.

8.- La norma debe ser útil: debe servir adecuadamente para regular las relaciones humanas de que se trate. Una regulación inoperante provoca desequilibrio, inestabilidad o caos en las relaciones humanas.

9.- La norma no debe restringir el mínimo de libertad que el sujeto debe tener frente al poder público: el hombre debe gozar de una esfera de libertad que constituya tanto una limitación al ejercicio del poder, como el ámbito para su propio desarrollo como ser humano.

10.- La norma no debe negar los valores: y en este sentido los preceptos jurídicos se apartan necesariamente de toda neutralidad ética. De lo contrario, se afectaría seriamente la integridad de la persona humana y se le colocaría en el conflicto sin solución de tener que adoptar una conducta ante el derecho y otra ante la moral.

11.- La norma regulará las relaciones humanas en justicia. En posteriores artículos nos ocuparemos de aquellos principios que adicionan y desarrollan los que esta vez se han enunciado brevemente.

Hans Kelsen

Diego León Rábago

Hugo Grocio[6]

Hugo Grocio (1583-1645) fue uno de los más destacados representantes de la "escuela del derecho natural". Los otros fueron Spinoza, Hobbes, Puffendorf, Burlamaqui y Wolff.

Fue preocupación de Hugo Grocio la modernización y la secularización de la antigua teoría iusnaturalista, con el objeto de encontrar un fundamento ético y no meramente autoritario al poder político.

El punto de partida de su pensamiento fue la afirmación de los estoicos de que hay un derecho natural que tiene su fuente en la naturaleza del hombre: derecho que existiría aunque no hubiese dios o aunque no se ocupase de los asuntos humanos: derecho de carácter obligatorio por su justicia intrínseca para todos los pueblos, incluyendo gobernantes y gobernados, y que es superior a todos los derechos de las naciones.

La importancia del pensamiento de Grocio radica fundamentalmente en su concepción de un derecho que regulaba las relaciones entre estados soberanos. Esto tuvo especial significación en el siglo XVII, en que proliferaban las monarquías absolutistas y la aceptación frecuente de una concepción maquiavélica de las relaciones entre esas monarquías, así como el imperio de la fuerza como regulador de los tratos entre las naciones: en que se dieron las guerras de religión que siguieron la reforma: en que las naciones de Europa occidental se

6. Publicada originalmente en el Boletín del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. Número 31. Guanajuato, capital. México. Diciembre 1984- enero 1985; pp. 52-57.

encauzaban hacia la colonización, el engrandecimiento comercial y la explotación de los territorios recién descubiertos. Sin duda, todos estos hechos propiciaron el pensamiento de Grocio.

Desde otro punto de vista, el pensamiento de Grocio fue también importante en un siglo en el que, al surgir de pronto la reforma, fue cuestionada la idea de un derecho natural basado en las sagradas escrituras, al afirmarse que ni la autoridad de la Iglesia, ni la autoridad de las escrituras, ni ninguna forma de revelación religiosa, podían aportar la base de un derecho obligatorio a la vez para los pueblos protestantes y católicos y que regulase las relaciones entre los gobernantes cristianos y los no cristianos. Fue esto, entonces, lo que elevó a Grocio a recurrir a la tradición precristiana del derecho natural, surgida del pensamiento griego de la antigüedad Clásica.

Grocio utilizó el debate, propiamente la dialéctica, como forma expositora y como método. Inventa la discusión con Cárneades, crítico escéptico de la filosofía estoica. Este sostiene la idea de que toda conducta humana está motivada por el egoísmo y, en consecuencia, de que el derecho es una mera convención social, generalmente benéfica y basada no en un sentido de justicia, sino en consideraciones de prudencia. Con esto, Carnéades pretende refutar la afirmación de la existencia de la justicia natural. Grocio, por su parte, responde que la apelación a la utilidad (el egoísmo) es esencialmente ambigua, ya que los hombres son por naturaleza sociables como resultado de ello sostiene, el mantenimiento de la sociedad es una conveniencia de primera importancia que no puede medirse por ningún beneficio privado (aparte de la satisfacción de sus impulsos sociables) que de ella derivan para las personas.

"El hombre, es sin duda, un animal, pero un animal de especie superior, mucho más distante que las demás especies de animales que ninguna de estas de cualquier otra… pero entre las cosas que son propias del hombre está el deseo de la sociedad, esto es, de comunidad, pero no de una comunidad de cualquier clase, sino de una comunidad pacífica y organizada con arreglo a su entendimiento, con los seres de su propia especie; a esta tendencia social denominaron los estoicos "sociabilidad".[7]

7. (1) Prolegomena. Sec. 6. Cita seleccionada por George H. Sabine.

Grocio concluye que por tal razón la conservación de un orden social y pácifico constituye un bien intrínseco y de ahí resulta que las condiciones requeridas para ese fin sean obligatorias, tanto como lo son las que sirven a fines estrictamente privados. El mantenimiento de la sociedad, que es consonante con el entendimiento humano, el ausente del derecho propiamente dicho; es fuente, en consecuencia, de los mandatos de abstenerse de robar, de cumplir con las promesas, de reparar los daños que ocasionemos y recibir castigo por los delitos que los hombres cometemos.

Es necesario aclarar que, a pesar de que Grocio sostiene la idea de que al Derecho natural conservaría su valor aún cuando Dios no existiese, esto no significó sostener la absoluta autonomía de la razón humana como única fuente del Derecho natural. De ninguna manera niega que Dios sea la fuente suprema del derecho natural o que las Sagradas Escrituras lo sean también.

Grocio afirma que hay ciertas condiciones o valores mínimos que, siendo la naturaleza humana como es, tiene que darse para que pueda persuadir una sociedad ordenada; así: la seguridad de la propiedad, la buena fe, la honestidad en los tratos y un acuerdo general entre las consecuencias de las conductas de los hombres. Pero, por supuesto, tales condiciones no son producto de la convención.

En realidad, el pensamiento del autor holandés es racionalista porque existe en él la idea de que es posible la construcción de un sistema válido de derecho racional, con suficiente poder de contención sobre la voluntad, que surja de las solas deducciones lógicas. Pero, los dictados de la razón son según afirma, lo que la naturaleza humana y la naturaleza de las cosas ordenan que sean.

El método que utilizó Grocio, consecuentemente, fue racionalista, científico para su época, podríamos decir. Hay ciertas proposiciones jurídicas que son axiomáticas, afirma, como lo es la de que dos y dos son cuatro. Ningún espíritu razonable puede cuidar de ellas una vez que son entendidas con exactitud y concebidas por medio

de los cuales la inferencia sistemática puede construir un sistema completamente racional de teoremas.

Sin embargo, Grocio no dudó nunca de que gran parte del derecho se debía a lo que denominaba "voluntad", es decir, a la promulgación, cosa que podía cambiarse sin violar la razón. Pero, entendía que algunas relaciones son "necesarias", pues ni la voluntad ni la autoridad pueden cambiarlas.

Es importante aquí referir que nuestro autor señala que el derecho natural da origen al derecho positivo. La validez de este deriva de las bases subyacentes en toda obligación social y de la buena fe en el cumplimiento de los pactos, y agregó que ciertos principios generales de justicia son naturales, es decir, universales e inmutables y que sobre ellos se erigen los derechos positivos. Por eso, define al derecho natural como "un dictado de la recta razón que indica que un acto, en virtud de su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional y sociable, esta afectado moralmente de necesidad o de malicia, y que, por consiguiente, esta prescrito o proscrito por Dios autor de esa naturaleza".[8]

En esta definición, el derecho natural queda divorciado de la revelación divina y de la voluntad de Dios, pero aparece aún íntimamente unido a la moralidad. Sin embargo, esta moralidad tiene ya un tinte individualista. Es la moralidad de un individuo independiente que respeta la esfera de derecho de los demás. Por ésta razón, los principios fundamentales del derecho natural son para él los siguientes: abstenerse de apropiarse de lo que pertenece a otros; conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a los demás; indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro; castigar a los hombres que lo merecen.

Por otra parte, Grocio definió al Estado como "una asociación perfecta de hombres libres, asociados para gozar de sus derechos y para

8. (2) Prolegomena. Libro I, Cap. I, Sec. X.

utilidad común". El origen del Estado radicaba en la celebración de un contrato, pero generalmente el pueblo había transferido su poder soberano a un gobernante, que lo adquiriría como derecho privado suyo y cuyas acciones no estaban sometidas a control jurídico. El gobernante, sin embargo, estaba obligado a observar los principios de derecho natural y de gentes. Si abusaba de su poder, los súbditos no tenían, o por regla general, derechos a revelarse contra él. Solo en casos excepcionales de usurpación o flagrante abuso de poder podía el pueblo oponer el derecho de resistencia. Así, los principios del derecho natural quedaban al cuidado de un gobernante soberano no sometido a ningún control por parte de sus súbditos.

Grocio definió la soberanía como "un poder cuyos actos no están sujetos a otro derecho, de suerte que puedan anularse por el arbitrio de otra voluntad humana". [9] Definición que coincide con los conceptos antes expresados. Y, aclara, existe un poseedor o sujeto común del poder y otro especial. El sujeto común de la soberanía es el propio Estado; el sujeto especial, una o más personas, designadas con arreglo al derecho constitucional de cada Estado como gobernantes. El soberano es, por consiguiente, o el propio cuerpo político (Estado) o el gobierno.

Corolario: no es posible negar que la teoría de Grocio tuvo aspectos sumamente positivos: el fortalecimiento de las ideas iusnaturalistas en un periodo de crisis; el fortalecimiento de una idea de la necesidad de un derecho internacional, mediante la sistematización y la difusión de las teorías de la escuela española, que así traspusieron sus fronteras. Sin embargo, destacamos como aspecto negativo de la teoría Grociana la afirmación de que el gobernante no se encontraba sometido a control por sus súbditos y a nadie debía rendir cuentas. Esta afirmación, justificadora de la existencia de regímenes estatistas o dictatoriales, por usar un término moderno, conducía sólo a afirmar la omnipotencia del Estado en detrimento de la esfera de libertad propias de los seres humanos gobernados.

9. (3) Tratado Político. Citado por Edgar Bodenheimer.

BOLETIN DEL PODER JUDICIAL
BOLETIN DEL PODER JUDICIAL
BOLETIN DEL PODER JUDICIAL
BOLETIN DEL PODER JUDICIAL
Artículos
"UNA PROPUESTA DE SOLUCION AL PROBLEMA DEL ABORTO EN CASO DE VIOLACION"
Diego León Rábago
Artículos
Boletín Jurídico
26
Boletín Jurídico
27

Una propuesta de solución al problema del aborto en caso de violación[10]

El proabortismo y el feminismo, importantes movimientos sociales del siglo veinte, desde sus orígenes coincidentemente se han propuesto obtener la proclamación de la licitud moral y jurídica del aborto. Enfrentados esos movimientos a la sólida oposición de la Iglesia Católica, a las convicciones morales de muchas mujeres y médicos y a la natural tendencia de la mujer hacia la maternidad, se han visto impedidos para lograr a plenitud su propósito en algunos países del mundo, incluido el nuestro. Empero, son considerables los éxitos totales logrados en algunas naciones que han aceptado irrestrictamente la práctica del aborto, que incluso la han hecho obligatoria o que la han establecido como programa de supuesta salud pública.

Los seguidores de ambos movimientos adoptan una postura relativista como base de sustentación de sus argumentos. Niegan la existencia de valores absolutos, comprendido principalmente el de la vida humana. Curiosamente, sin embargo, renuncian a tal relativismo en cuanto se enfrenta al problema de la violación, pues entonces sostienen que la libertad sexual es un valor absoluto y exigen como consecuencia el sancionamiento más severo para el violador.

El relativismo, desde luego, no parece ser lógicamente sostenible. Es una doctrina que pretende que sus postulados triunfen y se impongan como verdades absolutas y universales; pero, esto es precisamente lo que el propio relativismo niega y combate. Ya la afirmación "todo es relativo" que es postulado supremo del relativismo, encierra un contrasentido, pues la palabra "todo" es un término absoluto.

En lo que respecta a la vida humana, además, pensamos que existen razones suficientes para demostrar que se trata de un valor absoluto y universal. Veamos.

10. Publicada originalmente en el Boletín Jurídico del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. Número 2. Guanajuato, capital. México. Julio – agosto 2002; pp. 26-61.

El valor de la vida humana.

Hemos hecho un estudio de la vida, con la amplitud que hemos considerado necesaria, en nuestra obra La Bioética para el Derecho. Por ser el presente trabajo un complemento del anterior, referiremos aquí solo un resumen de puntos pertinentes.[11]

La vida humana es un milagro. Quizás, según podremos deducirlo de esta exposición, sea más adecuado decir que se trata de una serie de milagros. Por supuesto, para los científicos y pensadores materialistas, que niegan la existencia de Dios, tal afirmación será un absurdo, pues por definición todo milagro es un hecho sobrenatural debido al poder divino. Les pediremos entonces, que acepten la palabra milagro con la simple connotación de suceso maravilloso, imprevisible y extraordinario.

Los científicos y pensadores materialistas definen a la vida, más dogmática que científicamente, como autoorganización y autodesarrollo de la materia. Pero, empíricamente no ha sido posible demostrar que la vida sea sólo un complejo juego natural de reacciones físico-químicas productoras de organización y desarrollo, por lo cual esa definición es meramente hipotética. Además, la organización y el desarrollo de la materia son manifestaciones de la vida, es decir, funciones y consecuencias que por ella se producen en la materia.

Muchos de esos científicos han intentado demostrar su hipótesis mediante experimentos tendientes a crear vida en el laboratorio. Sin duda, sus logros han sido importantes: un conocimiento científico de la célula más profundo; la obtención de adenina, guanina, citosina, uracilo, ribosa, desoxirribosa, cadenas de aminoácidos, síntesis de aminoácidos, hidroxiácidos, urea y otras substancias; y el conocimiento de que muy probablemente hace milenios de años primitivamente se formaron substancias básicas para la integración de moléculas propias de las células. Sin embargo, falta a los científicos describir aún lo principal:

11. (1) León Rábago, Diego. La bioética para el derecho. Capitulo II: La medicina y sus valores: La vida y la salud. Páginas 29 a 62. Universidad de Guanajuato. Facultad de derecho. Guanajuato, México, 1998.

por virtud de qué suceso tales moléculas se unieron y formaron un primer elemento vivo, es decir, qué energía, poder o fuerza hizo que en aquel entonces las moléculas se unieran para formar un todo animado y organizado. Hasta ahora, a pesar de que los científicos materialistas siguen aferrados a su hipótesis y de que la sostienen como verdad absoluta, lo único que han podido demostrar es que la materia es inerte e impotente para crear en ella misma y por sí misma la vida.

En razón de lo anterior, a los científicos no queda más que concentrarse ahora en la búsqueda de lo que une, anima, organiza y desarrolla a la materia, esto es, de lo que se ha denominado principio vital. Muchos de ellos, sin embargo, han adoptado una actitud conformista con el descubrimiento del ADN y el ARN. Afirman que la vida debe definirse en términos genéticos: donde hay genes, con su composición de ADN y ARN, capaces de duplicarse, hay vida; por lo tanto, no es necesario recurrir a explicaciones anímicas improbables para entender lo que es la vida. Pero, tal definición es insuficiente y poco clara con respecto a lo que es verdaderamente la vida. Hay preguntas acerca de la vida que no tienen respuesta satisfactoria con tal definición y que sí la tienen, en cambio, a partir de ese principio vital.

En el orden causal de la naturaleza, la materia viva no pudo por sí sola tener como causa a la materia inerte. Todo esfuerzo científico para demostrar lo contrario ha fracasado. Dentro de ese orden, la materia tuvo una causa primera que le dio origen: algo diverso a ella misma que provocó su cambio de inerte a vida y que ha estado presente en ella como motor fundamental activador de los procesos de organización y desarrollo, es decir, el principio vital. Eso parece ser más lógico y creíble que la solución hipotética de atribuir a la materia poderes extraordinarios y, como lo sostienen los evolucionistas neodarwinistas, de hacer intervenir al azar, como si este fuese una fuerza poderosa.[12]

Los científicos materialistas en general, admiten que la energía ha sido esencial para el inicio de la vida y para su perpetuación, pero no

12. (2) Lisker, Rubén y Armadares, Salvador. Introducción a la genética humana. Capítulo 12: Genética y sociedad. Páginas 209 a 226. Editorial Manual moderno. Segunda edición. México, 2001.

abandonan la idea de que se trata de una energía física.[13] La energía solar es indispensable para el desarrollo de los procesos vitales; la energía eléctrica es necesaria para la combustión del hidrato de carbono, con lo que se produce el ATP (adenosintrifosfato), que a su vez da energía a las células vivientes. Pero, estas energías no son causalmente suficientes para producir la vida. Otras energías, que han sido utilizadas en caldos de laboratorio, tampoco han servido para hacer surgir la vida, no obstante que con ellos se han logrado compuestos orgánicos. El principio o energía vital, entonces, no es material sino inmaterial a él corresponden las funciones de unir, organizar y desacoplar a la materia y de hacer que esa organización prevalezca. Filosóficamente, esta potencia ha sido denominada espíritu, pero como este término puede no parecer científico, es posible entonces denominarlo principio vital. La vida, así, debe ser entendida como esa unidad indisoluble de materia y principio vital o espíritu.

Como sea que se contemple a la vida, es decir, desde cualquiera de las perspectivas científicas, materialista y animista o espiritualista, siempre se llegará a la conclusión de que se trata de un suceso milagroso, esto es, único, imprevisible y maravilloso, aún no explicado por la ciencia a cabalidad. Pero, aun hay más, las complejidades que la vida ha adquirido al paso de los que también se presentan como sucesos extraordinarios o milagrosos.

La vida, indudablemente, como lo sostuvo Darwin, ha tenido una evolución asombrosa desde la formación de una célula original hace, según se supone, unos cuatro mil millones de años, hasta las formas que existen en la actualidad.[14] Esto ha llevado actualmente a los científicos neodarwinistas a asegurar que la teoría de Darwin es plenamente cierta. Sin embargo, existen aún muchos misterios por esclarecer en la evolución: ¿Qué ocasionó la creación de organismos pluricelulares, la división de estos en animales y vegetales, la aparición de una enorme

13. (3) Ver: Hoagland, Mahlon. Las raíces de la vida. Biblioteca científica Salvat. Salvat editores. Barcelona, España, 1985.

14. (4) Darwin, Charles. Teoría de la Evolución. Ediciones Península. Segunda edición en español Barcelona, España, 1985.

cantidad de especies animales y vegetales y, finalmente, el suceso más importante, el surgimiento de la racionalidad?

Los neordawinistas afirman que estos pasos evolutivos de la materia se realizaron por virtud de múltiples mutaciones genéticas ocurridas como efecto del azar. Frank Macfarlane Burnet dice que sólo los errores de la naturaleza han hecho posible los milagros del surgimiento de la vida, la diversificación es especies y la aparición de la racionalidad.[15] Hoagland y Frakel sostienen que las mutaciones genéticas operadas en el ADN obedecen a las necesidades de adaptación a las condiciones del medio ambiente.[16]

¿Qué hay de cierto en lo anterior? Se han probado que el ADN fabrica incontables réplicas de él mismo sin equivocarse y que repite en cada una el orden exacto de los millares de millones de bases que representan el código genético aplicado a miles de rasgos. Sin embargo, una vez entre cien mil a un millón de duplicaciones sucede algún error, que puede consistir en la omisión de una base o en su colocación en algún lugar equivocado. El mensaje genético, entonces se altera y se produce por consecuencia la mutación. Las mutaciones introducen cambios en los seres de una misma especie y son responsables así de la evolución que cada una sufre en el tiempo. Ahora bien, no se sabe aún cual es la causa que da lugar a los errores y tampoco se ha demostrado que por esos errores se haya producido la creación de los reinos animal y vegetal, la diversificación de las especies y el surgimiento de la racionalidad.

Muchos científicos afirman ahora, contrariamente a Darwin y sus seguidores, que la evidencia fósil no muestra transiciones graduales que signifiquen el cambio de una especie a otra. Por el contrario, las evidencias indican que las especies tienen estabilidad y que las mutaciones que sufren son sólo alteraciones menores en sus estructuras, quizás motivadas por la fuerza de la selección natural, pero más seguramente

15. (5) Macfarlane Burnet, Frank. La entereza de vivir. Capitulo II. Página 27 y siguientes. Fondo de Cultura Económica. Primera edición es español, México, 1982.

16. (6) Frankel, Edward. El Proceso de la Vida. Siglo Veintiuno Editores. Colección mínima. Decimocuarta edición en español. México, 1985.

por virtud de mutaciones genéticas provocadas por afectaciones del medio ambiente. Por tanto, los procesos macroevolutivos (paso de células a organismos pluricelulares, división de seres vivos en animales y plantas, diversificación de cientos de especies de aimales y vegetales, surgimiento de la racionalidad y, por ende, del hombre), como resultado de mutaciones genéticas ocurridas por acción del azar o el error, no están científicamente constatados.

Si bien a todos esos procesos macroevolutivos son plenamente milagrosos o, cuando menos, aún científicamente inexplicables a cabalidad, el de la racionalidad, si admitimos grados, lo es de mayores dimensiones. La racionalidad ha hecho surgir al hombre y, luego, lo ha convertido en el ser con mayor dignidad con mayor jerarquía dentro de la naturaleza.

Contrariamente a lo que el evolucionismo sustenta, el hombre no procede directamente de monos y simios. Según los estudios más avanzados parece mucho más probable que tanto estos como el ser humano surgieron simultáneamente como miembros de cinco familias emparentadas por un tronco común; esto hace unos cuarenta o cincuenta millones de años. Dichas familias fueron: cébidos, hapálidos, cerbopítecos, símidos y homínidos. El tronco común aún no ha sido descubierto, por lo cual la cadena evolutiva esta desunida, rota. Consecuentemente, el paso de la irracionalidad a la racionalidad, es decir, del animal al hombre, suceso incuestionablemente maravilloso, es todavía un misterio.

Conforme a las más recientes investigaciones científicas del cerebro humano, no cabe duda de que es en este y, concretamente, en la corteza cerebral donde se produce el raciocinio. Los centros que gobiernan nuestras actividades mentales implican la necesidad de trasmisión de energía nerviosa de un centro a otro. De esta suerte, la corteza cerebral trabaja integralmente, con un todo, para producir las funciones racionales. Sin embargo, aún cuando los científicos materialistas de que la corteza cerebral o materia gris, mediante su actividad fisico-química, genera o fabrica el raciocinio, tales investigaciones no lo demuestran. Se sabe que el numeroso conjunto de

células, neuronas y otras, que conforman el cerebro y, concretamente, la corteza cerebral, son solamente conductoras de energía; en cambio, no se sabe si realmente y como esas células producen el pensamiento. Las células y la energía son materiales, muestras que el pensamiento es inmaterial; por lo tanto, el problema para tales científicos es demostrar como de meras raciones fisico-químicas de naturaleza material, puede brotar el pensamiento, que es inmaterial. Hasta ahora, nada demuestra científicamente que dichas células por sí solas puedan producir el pensamiento, que rebasa o excede con mucho las potencialidades de la materia organizada.

Jacques Monod, Premio Nobel de Fisiología y Medicina, científico profundamente positivista, en una renuncia a su postura reduccionista expresó: "he ahí la frontera, casi tan infranqueable todavía para nosotros como lo era para Descartes. En tanto no sea franqueada, el dualismo conservará en suma su verdad operacional. La noción de cerebro y espíritu nos confunde más a nosotros en la vida actual que a los hombres del siglo XVII. El análisis objetivo nos obliga a ver una ilusión en el dualismo aparente del ser. Ilusión, no obstante, tan íntimamente atada el ser mismo que sería bastante vano esperar a vivir afectivamente, moralmente, sin ella. Y, por otra parte, ¿Por qué sería necesario? ¿Quién podría dudar de la presencia del espíritu?"[17]

Desde luego, no es posible demostrar directamente, mediante la experiencia sensible, la existencia del espíritu, como lo exigen burdamente el positivismo y el materialismo, pues lo inmaterial no es apreciable por los sentidos o por detectores de energía. Hay, sin embargo, evidencias que llevan a inducir que existe un espíritu que organiza y anima a la materia y que, además, produce la racionalidad en el hombre, por lo cual es un espíritu racional. Tómese en consideración que la razón humana conoce al mundo que lo rodea y se conoce a sí misma, que puede reflexionar sobre lo que hace y sobre lo que es, que puede valorar, que puede decidir libremente, que puedese comunicar con otros, que se

17. (7) Monod, Jacques. Las fronteras de la medicina. Inserto en biología molecular. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Segunda edición española. México, 1981.

propone fines para lograr su plenitud, que se proyecta hacia el futuro y que crea cultura, todo lo cual resulta ser un trabajo demasiado complejo como para que pueda ser realizado por meras reacciones fisico-químicas de los componentes moleculares de la corteza cerebral. Es un trabajo, en cambio, sólo posible para una potencia espiritual.

Ahora bien, en tanto que para el surgimiento de la vida racional humana fue necesaria una evolución llena de sucesos excepcionales y maravillosos, debe concluirse que esa misma vida es la obra suprema de la naturaleza y, por tanto, que tiene un valor absoluto y universal. Agreguemos a esto que la vida es condición necesaria para la existencia de cada hombre y llegaremos también a la conclusión de que se trata de un valor supremo, absoluto y universal.

Bajo ninguna circunstancia puede negarse que la vida sea un valor absoluto y universal. Cualquier argumento que pretenda demostrar que carece de tal carácter se sustentará siempre, por muy convincente que parezca, en falacias que contradicen al ser mismo del hombre, sus tendencias naturales y su teleología y que lo confunden, por lo tanto, con los animales y las plantas, con entero olvido de que él es vida racional y por ello es el ser de mayor dignidad en la naturaleza.

El derecho a la vida

Todo lo anteriormente expuesto da fundamento al derecho a la vida. En síntesis:

> 1° El hombre es vida racional. La vida ha alcanzado en él altos grados de perfección y complejidad, al punto de ser un organismo extraordinario integrado por múltiples elementos sabiamente ensamblados y que funcionan coordinadamente. A esto se ha agregado el raciocinio, con lo que esta creación extraordinaria se ha elevado aún más para hacer del hombre el ser más digno del universo. La preservación y el respeto de esa vida racional que es el hombre, se imponen, por consecuencia, como obligatorias, pues la razón nos manda respetar y proteger todo lo excelente, lo

que es digno de ser preservado, lo que ha llevado para su creación un acucioso y complejo trabajo de miles de años. Ahora bien, si existe esa obligación de respetar y proteger la vida humana correlativamente, por razón de bilateralidad esencial del derecho y la moral, habrá el derecho de cada uno, de todos los hombres, a exigir de los demás el estricto cumplimiento de esos deberes.

2° En tanto que la vida racional es el don más preciado que tiene el ser humano y que es condición necesaria para su existencia, consecuentemente cada ser humano tiene derecho fundamental a proteger y preservar su propia vida y a exigir de los demás su absoluto respeto.

3° En virtud de que la sociedad es necesaria para la existencia de los seres humanos, puesto que es medio para que el hombre pueda preservarse a sí mismo, desarrollarse y acercarse a su perfección, la preservación de la vida de cada uno interesa fundamentalmente a la sociedad para conservar su recta composición. De lo cual se obtiene que a la sociedad interesa que todos respeten la vida de los demás y que cada uno pueda contar con los medios necesarios para preservar su existencia.

Status jurídico y bioético del cigoto, el pre embrión, el embrión y el feto.

Según los diferentes estadios de desarrollo del nuevo ser surgido de la fecundación del ovocito por el espermatozoide, se produce la clasificación del cigoto, pre embrión, embrión y feto.

Desde luego, esta clasificación es arbitraria, pues no hay acuerdo entre quienes la han propuesto en cuanto a las características o cualidades del nuevo ser en cada etapa. Todos pretenden, sin embargo, que esa clasificación sirva eficazmente a la causa proabortista, por considerarla suficiente para evadir los más sólidos argumentos que en contra del aborto se han esgrimido.

Sin que exista también acuerdo unánime entre los proabortistas, algunos proponen la licitud de la práctica de aborto exclusivamente en las etapas de cigoto y pre embrión, en la que consideran que no hay ser humano, mientras que otros la extienden hasta la de embrión y aún a la de feto incipiente. Unos afirman que el cigoto, el preembrión y el embrión no son personas humanas, pues no hay en ellos aún el desarrollo cerebral suficiente para que aparezca la racionalidad humana, no falta quienes propongan que para autorizar la práctica del aborto, se realice en el embrión el encefalograma, que demostrará que hasta la octava semana de vida no hay aún actividad cerebral. Hay otros que sostienen que la racionalidad surge hasta que hay pleno desarrollo del sistema nervioso central y se presenta la conciencia. Antes, dicen, el nuevo ser no es todavía un ser humano y carece por tanto de personalidad moral y jurídica, por lo cual no puede decirse de él que sea sujeto de derechos morales y jurídicos. Finalmente, otro grupo de proabortistas sustenta que la persona humana supone la existencia de un cerebro, un sistema nervioso y un psiquismo sensitivo-motor sumamente elevados. Y agregan que el feto de pocas semanas es solo materia dispuesta a desarrollarse, pero que aún no cuenta con todo ello.

Respecto de todo lo anterior, es posible argumentar en contrario que es arbitraria la afirmación de que para que exista una persona humana es necesario que haya cerebro con desarrollo suficiente para realizar las funciones de la racionalidad y la conciencia. A seres humanos con lesión cerebral o en estado de coma, a la luz de tal criterio, habría de negárseles la calidad de personas humanas, lo cual es absurdo. El término persona humana es aplicable a sujetos de derecho, es decir, a seres susceptibles de tener derechos y obligaciones, aún cuando por sí mismos no puedan ejercitar los primeros ni cumplir con las segundas. El cigoto, el preembrión, el embrión y el feto son incuestionablemente sujetos de derechos y obligaciones, en razón de que se trata solo de etapas de desarrollo del ser humano.

Pero, consideramos, la discusión acerca del momento en que hay persona humana es irrelevante y ha sido provocada por los proabortistas para evadir el hecho incuestionable de que el cigoto, el preembrión, el

embrión y el feto son seres humanos y para, en consecuencia, evadir el aserto irrebatible de que privar de la vida al nuevo ser en cualquiera de esas etapas es un asesinato.

La genética ha demostrado fehacientemente que desde el momento mismo en que surge a la vida el cigoto hay ya un ser humano. L. Moor define al cigoto como la célula resultante de la fecundación de un óvulo por el espermatozoide y agrega que un cigoto es el comienzo de un nuevo ser humano.[18]

Con el surgimiento del cigoto se inicia el proceso continuo del desarrollo del ser humano, que abarca su integración orgánica y su crecimiento, conforme a las determinaciones de su código genético. Por virtud del fenómeno vital de la división, crecimiento y diferenciación celulares, al cigoto se convertirá en preembrión, embrión, feto, niño, joven, adulto y viejo. Pero, en tanto que todo esto sucede por determinación de dicho código genético, contenido ya en el cigoto, las transformaciones que se operan son morfológicas, pero no esenciales. Existe una identidad absoluta entre ese cigoto y el preembrión, el embrión, el feto, el niño, el adulto y el viejo. Se trata del mismo ser, que transcurre por diversas etapas de desarrollo. Todos los seres humanos, incluso las feministas y todos los proabortistas, fuimos cigotos, pre embriones, embriones y fetos.

Aceptemos, pues, lo que la ciencia ha demostrado fehacientemente: que el cigoto, el preembrión, el embrión y el feto, son seres humanos. La determinación de cuando hay ser humano corresponde a la genética y a la embriología, no a la antropología, la sociología, la religión o la metafísica ni a las feministas y los proabortistas. Toda argumentación, del tipo que sea, que pretenda desmentir lo que aquellas ciencias han demostrado eficazmente, indudablemente, partirá de una premisa falsa y las conclusiones que por ella se obtengan serán, consecuentemente, falaces.

18. (8) L. Moor, Keith. Embriología clínica. Interamericana –Mc. Graw-Hill. Cuarta edición, México, 1989.

Además de lo anterior, observamos que feministas y proabortistas desconocen u olvidan lo que la Genética ha descubierto y demostrado que la racionalidad esta esencialmente impresa en el código genético, y por tanto, existe desde que surge a la vida el cigoto. Nada habrá de agregarse al pre embrión o al embrión para que la racionalidad parezca, pues está prevista, predeterminada genéticamente.

Respecto a la postura que feministas y proabortistas adoptan de que mientras no se logre el cabal desarrollo del sistema nervioso central no hay persona humana y de que, por tanto, no hay sujeto de derechos morales y jurídicos, debemos apreciar, en primer término, lo siguiente: concebir, idear, juzgar, razonar, operaciones fundamentales de la racionalidad humana, sólo son de realización perfecto cuando el sistema nervioso central se ha desarrollado cabalmente; pero, esto ocurre entre los dieciocho y veinticinco años de edad. De acuerdo a la aludida postura feminista y proabortista un menor de dieciocho años no sería persona humana. En segundo término, la cualidad de persona no es algo que se adhiera al ser humano que satisfaga determinados requisitos. Si así fuese, quienes no reuniesen esos requisitos no serían personas y carecerían de derechos, lo que constituye una forma de discriminación ya superada, como ha ocurrido con la esclavitud. La cualidad de persona, sujeto del derecho a la vida y de todos los derechos, corresponde a todo ser humano, no importa la etapa de su desarrollo su condición mental, su raza, su condición social o su sexo.

Nuestra legislación

Nuestra Constitución Política Federal reconoce y tutela el derecho a la vida, concretamente en su artículo 4, además, existen tratados internacionales aprobados por el Senado, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconocen ese mismo derecho. Por disposición constitucional, estos tratados constituyen conjuntamente con la constitución y las leyes que de ella emanen ley suprema de nuestro Estado.

El código civil del Estado de Guanajuato, que se divide en libros, dedica el primero a las personas y se concreta en su título primero a la regulación de las personas físicas. De este título forman parte las siguientes disposiciones:

> Articulo 20.- Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vivió veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.
>
> Articulo 21.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.
>
> Artículo 467.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y viene de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a la modalidad que le imprimen las leyes aplicables.
>
> Artículo 479.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código.

Del contenido de estas normas se obtiene:

> Primero: la persona humana surge desde el momento de la concepción, es decir, a partir del momento en que el óvulo queda fecundado por el espermatozoide.
>
> Segundo: para todos los efectos jurídicos legales, el cigoto, el pre embrión, el embrión y el feto son personas humanas, esto es, son sujetos de todos los derechos que la ley reconoce para todas las personas físicas y tienen protección que la ley civil les otorga.

Tercero: en razón de su incipiente desarrollo, el nuevo ser en todas sus etapas prenatales está sometido a la patria potestad, que deben ejercer sus padres. En ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres la representación jurídica del nuevo ser y, por tanto, la obligación de ejercitar a favor de este todos sus derechos y la potestad de contraer obligaciones.

Cuarto: los padres, en ejercicio de la patria potestad, tienen la obligación de procurar la guarda de sus hijos, desde el momento en que son procreados. La guarda de los hijos consiste en realizar todo lo necesario para preservarles la vida, para facilitarles su desarrollo y para encaminarlos hacia su perfección.

¿Hay un derecho de la mujer a destruir la vida del nuevo ser humano?

Jiménez de Azúa plantea lo siguiente: si una mujer tiene derecho de dirigir la muerte a toda su existencia, al conjunto de sus órganos, ¿por qué no ha de tener derecho de circunscribirla al hijo que es sólo una de las vísceras componentes del organismo? Una madre puede cortarse un brazo ¿cómo no ha de poder perforar las membranas que limitan el proceso de la concepción?[19] Pérez Duarte y Noroña, por otra parte, sostiene que existen derechos humanos reproductivos, entre los cuales se encuentra el derecho a una maternidad libre y responsable y del derecho sobre el propio cuerpo.[20] Los proabortistas y feministas repiten frecuentemente tales argumentos.

Cabe oponer a lo anterior algunas refutaciones. Los derechos no existen solo porque alguien tenga la ocurrencia de inventarlos. Su existencia deriva de la naturaleza corporal y espiritual del hombre. Todo derecho, para serlo, ha de tener una razón lógica y natural que lo funde.

19. (9) Jiménez de Azúa, Luis. Libertades de amar y derecho a morir. Séptima edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1984.

20. (10) Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. El aborto. Una lectura de derecho comparado. Apartado 2: los derechos reproductivos. Páginas 46 a 53. Cuadernos. Instituto de investigaciones jurídicas de la universidad nacional autónoma de México, 1993.

No basta, entonces, afirmar que se tiene derecho a esto o a aquello, si tal afirmación no tiene una sustentación natural y racional que la justifique. Los proabortistas y feministas hablan de derechos al suicidio, la automutilación y la destrucción del nuevo ser, pero no proporcionan los fundamentos de esos supuestos derechos. Bien podrían sustentar bajo su simple capricho, un derecho a matar, a violar o a destruir las cosas ajenas.

Pero ¿de dónde sacan los proabortistas y feministas la afirmación de que el nuevo ser es un apéndice o una víscera de la madre? una aseveración tal sería comprensible en la Edad Media, no en los principios del siglo veintiuno. La genética y la embriología se han encargado de demostrar fehacientemente que el nuevo ser ni es apéndice ni es víscera de la madre. Es un ser humano con vida propia, sólo incubado en el útero de la madre. Depende, sí, para su subsistencia de las condiciones de este útero; condiciones de alimentación, temperatura y medio propicio para su desarrollo. Pero, eso no significa su pertenencia al cuerpo de la madre. Bastamos saber para corroborar lo anterior, que pronto será posible sustituir el útero por una incubadora artificial, lo que es ya realidad en los tres últimos meses de gestación.

Por más que se afirme la existencia del derecho que la mujer a disponer de su propio cuerpo y, por consecuencia, a disponer de la vida del nuevo ser, ese supuesto derecho simplemente no existe.

El derecho de la mujer a la libertad procreativa

La mujer tiene, es cierto, libertad para decidir cómo y cuándo ha de tener un hijo, aunque, por supuesto es estrictamente una libertad para procrear, lo que significa sólo que está facultad para decidir si realiza o no el acto sexual procreativo. Tal libertad no se extiende a la facultad de privar la vida al hijo ya procreado pues se trata de una nueva vida humana, sujeto de derechos, principalmente el derecho a la vida, que no le pertenece a la madre y que tiene propia identidad.

La ineficacia de la prohibición legal del aborto

Es verdad que las normas penales que prohíben y sancionan el delito de aborto son generalmente ineficaces para evitar que las mujeres aborten, pues abundan los abortos clandestinos. Pero, de esto no se sigue que tales normas deben ser derogadas y que deba permitirse legalmente el aborto. Bajo el criterio erróneo de que deban ser derogadas porque generalmente no se cumplen, también habrían de derogarse las que tipifican y sancionan al homicidio o a la violación misma, pues también son abundantísimos los casos de asesinato y violación, lo cual es a todas luces ilógico e injusto.

El problema del aborto en caso procreación de un nuevo ser mediante la violación de la mujer.

El artículo 163 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, establece: "No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación". Se ha pretendido recientemente derogar esta disposición, con lo cual la mujer violada que abortarse cometería delito de aborto tipificado por el artículo 222 del Código Penal del Estado y sería sancionada de acuerdo al artículo 223 del mismo ordenamiento. En contrario, proabortistas y feministas se pronuncian por la derogación del delito de aborto en todos los casos, con excepción del que es realizado en contra de la voluntad de la madre. No comulgamos con tales ideas y hemos pensado en una solución diferente. Hagamos algunas consideraciones.

1º la mujer que ha sido violada sufre, no sólo una seria afectación negativa a su integridad corporal, sino además, el terrible trauma causado por la transgresión despiadada a su libertad sexual y por la lesión grave a su dignidad. A esto se agrega en su perjuicio, cuando queda embarazada, el trauma de haber procreado en contra de su voluntad. Tales traumas dan lugar a un sufrimiento profundo y destructible. Cuanto más permanezca en el consciente de la mujer la imagen de la violación, mayor será el sufrimiento y la amargura que

habrá de soportar. La mente humana tiene el mecanismo defensivo que hace ocultar el hecho doloroso en el subconsciente. Si el hecho doloroso de la violación pasa al subconsciente por virtud de ese mecanismo, la mujer podrá superar en gran medida el sufrimiento y la amargura y aproximarse a la normalidad. Pero, si el hecho de la violación permanece en el consciente, surgirán en la mujer trastornos patológicos como la misantropía, la amargura extrema y en casos graves, la anti-sociabilidad. El aborto del nuevo ser procreado en acto de violación, sin embargo en nada contribuye a que la mujer borre de su consciente el hecho de la violación y el trauma consecuente. Al abortar al nuevo ser, por el contrario, la mujer agrava su situación psíquica. El aborto es también traumático, de suerte que al trauma de la violación se agregará en el consciente de la mujer el trauma del aborto. El sufrimiento y la amargura consecuentes se incrementaran considerablemente.

2º permitir el embarazo y tener al hijo, aseguran los proabortistas, agravan el trauma de la mujer, pues el hijo indeseado es el recuerdo vivo de la violación. En contrario, lo cierto es que en la generalidad de los casos sucede lo contario. En Europa, Estados Unidos y, aún, en nuestro país, instituciones especializadas han estudiado la situación de la mujer y han descubierto que la mayoría de las mujeres que optan por tener al hijo, encuentran en este un objetivo de vida fundamental, una razón para luchar y vencer, para superar su problema y superarse a sí mismas, pues la maternidad dignifica y enaltece a la mujer. El amor materno, incluso, se desborda en muchos casos al grado de que la mujer incurre en sobreprotección del hijo. Este es factor importante para que del consciente de la mujer el hecho de la violación pase al subconsciente. El hijo, en todo caso, es también víctima de la violación.

3º la mujer que aborta comete, indudablemente, asesinato. Es decir, la privación voluntaria de la vida de su propio hijo. Empero, la decisión de abortar es tomada por la mujer cuando ha sido violada, bajo severas condiciones traumáticas que obnubilan su razón, sin anularla plenamente. Es, entonces, responsable del aborto, pero su responsabilidad es indudablemente mínima o atenuada.

La ley penal, como cualquier legislación positiva, ha de ser justa. No lo es la que establece una pena privativa de libertad para la mujer que ha abortado al nuevo ser procreado por un acto de violación. A los traumas de la violación, del embarazo indeseado y del aborto mismo, la ley penal agregaría la terrible aflicción de la privación de la libertad, es decir, del encarcelamiento, todo lo cual significaría la destrucción de la mujer. Con ello, la sanción penal no cumpliría con uno de sus objetivos fundamentales, la readaptación social de la mujer. Es más, cualquier sanción privativa de libertad, por mínima que fuese, sería excesiva, esto es, desproporcionada respecto del grado de responsabilidad de la mujer, pues contribuiría a su destrucción psíquica. Otro tipo de consecuencia jurídica, a la que haremos posterior referencia, debe establecerse; consecuencia jurídica que habrá de ser más justa en todos sus aspectos.

Propuestas para el tratamiento legal del problema

I.- Necesaria y urgente prevención del delito de violación. La incidencia del delito de violación ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos. Parece ser que las causas más importantes de lo anterior, entre otras, son las de la liberación sexual llevada a extremos de libertinaje, el incremento de la pornografía excitante en los principales medios de comunicación de masas, la falta de una educación sexual adecuada y basada en principios morales, la benignidad de las sanciones penales y la impunidad de los violadores por falta de denuncia de las mujeres violadas o por la ineficacia de autoridades ministeriales y jurisdiccionales. Se hace necesaria y urgente, entonces, la prevención del delito de violación para disminuir al máximo posible esa incidencia:

1º Se requiere de programas de educación sexual, moral y socialmente adecuados, para las escuelas primarias, secundarias y preparatorias o bachilleratos. Desde luego, la aplicación de estos programas deberá ser realizada por personal de docencia e investigación de probada rectitud y con suficiencia de conocimientos, corresponderá a las autoridades educativas llevar a cabo lo anterior.

2º Se requiere de programas de educación sexual, moral y socialmente adecuados, para padres y madres, tendientes a prepararlos para el cuidado y orientación moral de sus hijos. También corresponde esto a las autoridades educativas.

3º Se requiere de la exigencia de una estricta aplicación en materia de comunicaciones para evitar la difusión de la pornografía en todos los medios de comunicación de masas y para obligar a los comunicadores a difundir orientaciones morales respecto de la sexualidad humana y de los derechos humanos. Esto corresponde básicamente a la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Pero es también función obligatoria para el Gobernador del Estado y las autoridades municipales.

4º Se requiere de una más eficaz vigilancia policiaca, sobre todo en zonas de peligro en las ciudades. Esto es tarea de los ayuntamientos municipales.

5º Se requiere de una legislación penal más severa. La penalidad para el violador debe ser agravada. El delito de violación es grave y la pena debe ser proporcional a la falta. La pena, así, cumplirá en muchos casos con una de sus finalidades, la de ejemplaridad; será, entonces, suficientemente intimidatoria como para atemorizar a muchos posibles delincuentes y hacerlos desistir de sus obscuras intenciones.

6º Se requiere de programas eficaces, basados principalmente en la protección policiaca de la mujer, para motivarla a denunciar el delito de violación cometido en su perjuicio, así como para forzar al testigo, en casos en que lo hubiese también para denunciar el hecho delictuoso.

7º Se requiere de una verdadera especialización del Ministerio Público y la Policía para una eficaz investigación científica del

delito y para la persecución y aprehensión del delincuente. Se requiere, asimismo, de jueces severos que castiguen con justicia al violador y que sepan superar las argucias o artimañas ilícitas de los litigantes y los absurdos tecnicismos legales tendientes a la impunidad de estos criminales.

II. Estimamos que la consecuencia jurídica reparadora más justa para la mujer violada que aborta y más conveniente para la sociedad, es la de su tratamiento por instituciones oficiales y particulares especializadas, que cuenten con todo el personal necesario también especializado, las que deberán ser establecidas en todos los lugares estratégicos del Estado. Médicos, Paramédicos, Enfermeras, Psicólogos, Psiquiatras, orientadores morales, trabajadores sociales, bioeticistas y demás profesionistas necesarios para colaborar en el tratamiento deberán ser parte de ese personal. La finalidad del tratamiento debe ser para la mujer la superación de sus traumas, la recuperación de su autoestima, la preparación psíquica para desenvolverse correctamente en el medio social, la eliminación, o cuando menos, la atenuación de la misantropía que puede conducir en casos de una antisociabilidad peligrosa. En casos de pobreza, al programa de tratamiento deberá agregarse otro de apoyo económico y de búsqueda de trabajo u ocupación remunerativa para la mujer.

El problema jurídico del diagnóstico de la muerte [21]

Definir que es la muerte y saber con precisión cuando se produce, son asuntos de superior importancia para el Derecho. La solución de múltiples problemas jurídicos penales, civiles y laborales, principalmente, depende en gran parte de ello. Lo mismo sucede con los graves problemas a que el ejercicio de la Medicina y profesiones le son conexas se enfrentan; problemas relativos a trasplantes de órganos, eutanasia, atención a los moribundos y a sujetos a terapia intensiva, fertilización técnicamente asistida, prácticas de ingeniería genética, aborto y otros.

Para los trasplantes de órganos, la viabilidad de éstos es condición para lograr el éxito. En los trasplantes de corazón o de riñón, por ejemplo, tal éxito depende de que estos órganos hayan sido conservados vivos y en condiciones óptimas de oxigenación. Desprendido del cuerpo el órgano, cualquiera que éste sea, aún en condiciones de adecuada conservación y cuidado, al paso del tiempo sus tejidos sufren alteraciones de diversos grados, muchas de ellas irreversibles. Estas alteraciones pueden convertir al órgano en incompatible o pueden provocar su muerte. La técnica médica de trasplantes, entonces, exige la realización del trasplante en momento inmediato a la muerte del donante de los órganos o la conservación del cuerpo muerto en condiciones adecuadas para hacer el trasplante de sus órganos posteriormente.

La muerte ha sido definida como "la cesación de la vida" o con mayor precisión, como "el cese total y permanente de las funciones vitales". Esta definición, por obvia y suficiente que parezca, no establece lo que es realmente la muerte y no es útil en muchos casos para determinar el momento en que se produce la muerte de un ser humano.

Garza Garza define la muerte como *"la pérdida irreversible de la función del organismo humano como un todo"*. Agrega que la muerte se produce cuando hay pérdida irreversible de la conciencia y de la

21. Publicada originalmente en el boletín jurídico del supremo tribunal de justicia del estado de Guanajuato. Número 13. Guanajuato, capital. México. Mayo – junio 2004; pp. 56-79.

capacidad de reacción (aconciencia y arreflexia), la pérdida irreversible de la capacidad de respirar (apnea) y de mantener un latido cardiaco espontáneo (asistolia).[22]

Problema primario para definir qué es la muerte y para precisar el momento en que se produce es, sin duda, el hecho de que la muerte no es un cese o paro total e instantáneo de la vida existente en el cuerpo humano; es, en cambio, una cesación paulatina que se inicia en los centros vitales cerebrales o cardiacos, según el caso, y que sigue paso a paso en los diversos órganos y tejidos.[23] Suele suceder que muchas células permanecen vivas largo tiempo después. Las células mueren por anoxia, es decir, por falta de oxígeno. Primero mueren las células nerviosas, luego las cardiacas, posteriormente la de los restantes órganos, más tarde las de la piel y los huesos. La superación de tal problema, ante ese fenómeno, nos ubica en otro plano de conocimiento que se logra al responder a la pregunta ¿cuándo se produce la muerte de un ser humano como tal?

Desde hace varios siglos, el diagnóstico y la consecuente declaratoria de muerte de los seres humanos han sido siempre actividades profesionales propias de los médicos, en razón de que, por sus estudios, tienen el conocimiento necesario para realizarlas.

En la actualidad, se ha generalizado el criterio de que el diagnóstico y comprobación de la muerte son actos de estricta competencia de la ciencia médica y de las conciencias de las personas competentes, esto es, exclusivamente de los médicos.[24] Impera también hoy el criterio de que los signos de cese o terminación de la vida del ser humano deben ser constatados con los medios y métodos que la ciencia determine.

---

22. (1) Garza Garza, Raúl. La muerte clínica y el trasplante. Páginas 187 a 205. Ensayo incluido en memoria del II congreso nacional de bioética. Comisión nacional de bioética. Académica nacional mexicana de bioética y universidad de Guanajuato. Centro de investigaciones en bioética. Guanajuato México, 1998.

23. (2) Ramos Francisco; Sánchez-Caro, José M. y Sánchez Caro, Jesús. La muerte: realidad y misterio. Capítulo 5: Diagnostico de muerte. Páginas 12 a 13. Salvat editores, S.A. .Colección aula abierta Salvat. Barcelona España, 1986.

24. (3) Ver: Sgreccia, Elio. Manual de bioética. Capítulo 14: Bioética y trasplantes de órganos del hombre. Página 559 a 588. Editorial Diana. Instituto de humanismo en ciencias de la salud. Primera edición. México, 1996.

En el pasado, el paro cardiaco y respiratorio fue considerado como signo suficiente para declarar la muerte. En la actualidad, sin embargo, ante los múltiples métodos de resucitación masaje cardiaco y respiración artificial, por ejemplo ha sido y es posible rescatar de la muerte a seres humanos que transitoriamente habían perdido la estabilidad de esos sistemas vitales superiores.[25]

Más recientemente, en la primera mitad del siglo veinte, los médicos establecieron como signos concurrentes para declarar la muerte de un ser humano: el paro cardiaco y la cesación de la circulación sanguínea, de la respiración y de las funciones motora y sensorial del sistema nervioso central y periférico; criterio que denominado como "muerte clínica". En 1876, el arzobispo Donet, de Burdeos determinó en un discurso la necesidad de que tales signos persistieran por un tiempo suficientemente prolongado y propuso que la inhumación debería realizarse cuando menos veinticuatro horas después de que fuesen apreciados por los médicos. La costumbre de velar al cadáver se explica por esa precaución.

En 1966, en el II Congreso Internacional de Moral Médica, celebrado en París un médico expuso el caso de una niña a la que se mantuvo con actividades circulatoria y respiratoria por medios artificiales durante varios días, sin que hubiese en ella ningún signo de recuperación de la actividad neurológica. Al practicársele la autopsia, se encontró que su cerebro se encontraba en avanzado estado de descomposición. El médico sostuvo, entonces, que la muerte de la niña, a pesar de la persistencia de esas actividades vitales, se había producido tiempo atrás, en el momento en que cesó en ella toda actividad neurológica. Concluyó que ante este tipo de casos deberán de modificarse los criterios tradicionales de diagnóstico de muerte.[26]

25. (4) Castro Villagrana, Bernardo. Los trasplantes de corazones. ¿Ciencia o aventura?. Capítulo 13: evolución del diagnóstico de muerte. Páginas 167 a 181. Editorial nuestro tiempo. Primera edición. México, 1970.

26. (5) Sobre diversos criterios de muerte y la evolución histórico –cientifica del criterio de muerte cerebral: Beauchamps, Tom. L. y Seymour. Perlin, compiladores. Ethical Issues in death and dying. Prentice-Hall. Inc. Englewood Cliffs, N.J. Estados Unidos. 1978.

Con el acelerado desarrollo de las técnicas de trasplante de órganos, en los últimos veinte años ha prevalecido el criterio de la "muerte cerebral", que exige la comprobación del cese de toda actividad circulatoria, respiratoria y nerviosa, con aplicación de los medios y técnicas más avanzados y con utilización del electroencefalógrafo para tener seguridad de que no hay ya impulsos electroencefalográficos ni signo alguno de actividad cerebral.[27]

Si la muerte cerebral ha sido así diagnosticada por médicos competentes, de preferencia neurólogos, se considera, en los países donde se practican los trasplantes de órganos, que del cadáver puede ya extraerse los órganos requeridos. Más aún, en muchas partes se autoriza ya, después de diagnosticada la muerte cerebral, el mantener el cadáver con respiración y circulación forzadas por medios tecnológicos y con el fin de mantener los órganos a trasplantar activados dentro del cuerpo y de poder extraerlos en el momento preciso de realización de la operación de trasplante. Esto permite que los órganos no se deterioren o degeneren y puedan ser trasplantados con mayores posibilidades de éxito.

Hoy puede afirmarse, "ser humano vivo no es igual a cuerpo humano vivo con muerte cerebral". No debe confundirse, por tanto, la muere cerebral con lo que se ha denominado como vida vegetativa. En esta, el ser humano que la padece conserva su vida física, sin actividad intelectual y sin posibilidad de comunicarse, pero conserva las funciones de su tallo cerebral. Tiene actividad vital, pero carece de vida de relación. En la muerte cerebral, en cambio, todo el sistema nervioso deja definitivamente de funcionar.[28]

Debemos aclarar, sin embargo, que para que los médicos puedan diagnosticar y, consecuentemente, declarar la muerte cerebral de una persona, según criterio generalizado, deben constar:

---

27. (6) Salazar Bañuelos, Anastasio; Cardona Pérez, Mario A.; Noyola V. Héctor; Solís T., Araceli. Obtención de órganos cadavéricos sólidos para trasplante. Ensayo incluido en trasplante de órganos. Compilación de Santiago-Delpín, Eduardo A. y Ruiz-Speare, J. Octavio. Páginas 359 a 386, JGH editores. Fundación TELMEX, segunda edición, México, 1999.

28. (7) Gispert Cruells, Jorge. Conceptos de bioética y responsabilidad médica. Capítulo 11: muerte y prolongación de la vida. Páginas 127 a 136. Editorial Manuel Moderno. Segunda edición. México, 2001.

1º El cese absoluto de toda actividad de la corteza cerebral y de los núcleos profundos del encéfalo, ya que son determinantes para que se reproduzcan las funciones vitales. En otras palabras, debe comprobarse que la corteza cerebral y el encéfalo estén indudablemente muertos.

2º La ausencia de todo impulso electroencefalográfico durante un tiempo suficientemente prolongado. En la mayoría de los países donde se practican los trasplantes se exige que se haga un segundo electroencefalograma seis horas después de realizado el primero. En nuestra legislación se ordena un término de cinco horas. Empero, muchos médicos especialistas afirman que el tiempo debe ser más prolongado para mayor seguridad. Algunos afirman incluso que debe ser mayor de veinticuatro y otros, mayor de cuarenta y ocho horas.

3º La existencia de diversos signos secundarios que al conjuntarse también demuestren la muerte cerebral: total incapacidad de respuesta a cualquier estímulo, pérdida completa del tono muscular y parálisis flácida, pérdida de reflejos craneales con pupilas en dilatación paralítica y otros. Asimismo, la existencia de signos de cambios irreversibles, como las livideces cadavéricas, la rigidez muscular, el enfriamiento del cuerpo, la autolisis y la putrefacción.

Las livideces aparecen de tres a cinco horas después del paro cardiaco y consisten en manchas de color azul grisáceo que se forman por la concentración de sangre en las partes bajas.

La rigidez de la musculatura, llamada rigidez cadavérica, se produce por la acidificación y deshidratación de los músculos que produce el endurecimiento progresivo de estos en orden descendiente, de la cabeza al tronco, a los miembros superiores y a los miembros inferiores. Esta rigidez empieza a la tercera o cuarta hora después de producida la muerte.

La disminución de la temperatura corporal es progresiva, generalmente un grado por hora hasta llegar a un equilibrio con la temperatura del medio ambiente.

La autolisis es la autodestrucción de los tejidos por los fermentos celulares. Los órganos, así, van desintegrándose paulatinamente.

La putrefacción surge veinticuatro horas después en climas cálidos y hasta ocho días después en regiones muy frías. Las materias orgánicas del cuerpo se descomponen por la acción de gérmenes y hongos con producción de gases pútridos.

Debemos aclarar que si en algún caso de cese de funciones neurológicas, las funciones respiratorias y cardiaca persisten independientemente, es decir, sin ayuda tecnológica, los médicos deben continuar suministrando los tratamientos adecuados y abstenerse de declarar la muerte cerebral. A la menor duda sobre si el paciente está o no muerto, el o los médicos deben tratarlo como si estuviese vivo y suministrarle todos los tratamientos necesarios o, en su defecto, sustancias nutritivas e hidratantes y analgésicos, si se requieren. Se debe aplicar, entonces, un principio fundamental: "in dubio pro vita", que significa que en todo caso de duda debe considerarse vivo al paciente y debe suponerse que es su voluntad preservar la vida.

Hay médicos que aconsejan técnicas más complejas para realizar el diagnóstico, como es el estudio de la circulación cerebral mediante una inyección intravascular de un radioisótopo, para analizar posibles modificaciones del patrón de radiactividad cerebral. Empero, esto es costoso, difícil de realizarse en la mayoría de clínicas y hospitales, sobre todo de nuestro país y complicado, además del riesgo que implica la utilización de elementos radiactivos.[29]

A nuestro juicio, el criterio de muerte cerebral es por ahora el más correcto, pues cuando el cerebro y el encéfalo de un ser humano cesan definitivamente sus funciones, se rompe la integridad del sistema superior de vida. El ser humano, en el momento en que sucede la muerte cerebral, deja de serlo. El cerebro es el órgano integrador y

29. (8) Garza Leal, José Alberto. Definición de muerte. Ensayo incluido en ecos del IV encuentro de la federación latinoamericana de instituciones de bioética. Páginas 201 a 206. Centro de investigaciones en bioética de la Universidad de Guanajuato. Primera edición. Guanajuato, México, 1996.

unificador que permite el funcionamiento del organismo como un todo. Nuestra legislación asi lo considera. En cambio, el criterio denominado *"procuring organs from non-heart-beating cadavers"* (extracción de órganos de cadáveres cuyos corazones no palpitan), que en realidad se refiere a la extracción de órganos de cuerpos humanos cuya muerte es diagnosticada mediante criterios cardiopulmonares y no neurológicos, nos parece absolutamente inaceptable ante la duda fundada de si en estos casos el ser humano está o no verdaderamente muerto.

El criterio de muerte cerebral, admitido, como veremos, por la Iglesia Católica, ha sido rechazado por el común de la personas y por algunos juristas. Empero, comienza ya a ser aceptado en la mayoría de los países, el nuestro incluido en el que la legislación de salud lo ha establecido y regulado. El problema es que en nuestro país parece que algunos agentes del Ministerio Público y Jueces, por ignorancia, se resisten a aceptarlo, a pesar de estar reconocido y regulado en dicha legislación.

Miguel Ángel Soto Lamadrid, según refiere Domínguez García Villalobos, sostiene que *"la muerte cerebral, que tanta polémica ha despertado, no es otra cosa que un mero sistema de constatación de la muerte mediante aparatos sofisticados que miden como parámetro básico y definitivo, pero no único, la inactividad cerebral, y que su consecuencia más importante es que hace innecesario el periodo de observación o constatación de la muerte"*.[30]

La religión católica y el criterio de muerte cerebral

Por la importancia que la religión católica tiene en nuestro país, cabe señalar que el Papa Pío XII, el 14 de mayo de 1956, en un discurso pronunciado en el Vaticano admitió el trasplante de órganos y el criterio de muerte cerebral. Sostuvo que es necesario educar para que los seres humanos comprendan que la extracción de órganos y tejidos de

30. (9) Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Algunos aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos. Página 91. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

cadáveres para trasplantarlos no ofende la piedad debida a los difuntos y, por el contrario, da cumplimiento al deber de caridad misericordiosa hacia los hermanos sufrientes.

La Pontificia Academia de las Ciencias integró en 1985 a un grupo de científicos para estudiar el diagnóstico y la determinación del momento de la muerte y el problema de la prolongación artificial de la vida del cuerpo humano después de declarada la muerte cerebral. Este grupo de trabajo emitió una declaración al respecto que ha sido traducida del italiano al español por Jorge J. Ferrer: *"una persona está muerta cuando ha sufrido una pérdida irreversible de toda capacidad para integrar y coordinar las funciones físicas y mentales del cuerpo. La muerte sobreviene cuando: a) las funciones espontáneas cardiacas y respiratorias cesan definitivamente, o b) cuando se verifica la cesación irreversible de toda función cerebral. A partir del debate se concluyó que la muerte cerebral es el verdadero criterio para determinar la muerte, ya que la detención definitiva de las funciones cardiorrespiratorias conduce muy rápidamente a la muerte cerebral- el grupo ha analizado los diversos métodos clínicos e instrumentales que permiten constatar el cese irreversible de las funciones cerebrales. Para estar seguros a través del electroencefalograma que el cerebro no tiene ya actividad eléctrica, es necesario que se efectúe el examen al menos dos veces con intervalo de seis horas… En caso de muerte cerebral, la respiración artificial puede prolongar la función cardiaca por un tiempo limitado. Esta sobrevivencia inducida de los órganos está indicada cuando está previsto un trasplante".*[31]

Un problema jurídico concreto

Recientemente llegó a mis manos un documento, cuyo autor desconozco, en el que se plantea lo siguiente: En su exposición de motivos hace referencia a los diversos criterios de muerte que han existido. Agrega que en nuestro país la Ley General de Salud ha establecido ya uno de esos criterios, el de "muerte cerebral". Se lamenta el autor de este

31. (10) J. Ferrer, J. Los trasplantes de órganos en la teología moral católica. Ensayo incluido en trasplante de órganos. Compilación de Santiago-Delpín, Eduardo A. y Ruiz-Speare, J. Octavio. Páginas 172 a 180. JGH Editores. Fundación TELMEX.

texto de que, en diversas entidades federativas de nuestro país, algunos médicos han sido penalmente inculpados por el delito de homicidio al realizar la ablación de órganos de un paciente al que previamente le ha sido diagnosticada y declarada la muerte cerebral por médicos especialistas, con sujeción estricta a las disposiciones de dicha ley.

El autor de tal documento propone, en consecuencia, adicionar el artículo 201 del Código Penal de nuestro Estado con la siguiente prescripción:

"para todos los efectos de este código la muerte de un individuo se presenta por el cese irreversible de funciones circulatorias o cardiacas o de todas las funciones del cerebro, incluyendo el tallo cerebral. La determinación debe realizarse acorde con los parámetros establecidos en la Ley General de Salud".

Al respecto proponemos las siguientes consideraciones:

Primer punto

No nos ha sido posible constatar los referidos casos de médicos acusados. Sin embargo, si sabemos que con alguna frecuencia agentes del Ministerio Público, ignorantes y temerosos, indebidamente, inmiscuyéndose en un asunto que sólo compete a médicos especialistas, han obstaculizado la obtención de órganos de cadáveres a los que se ha diagnosticado muerte cerebral. Esto ha hecho expresar a Beatriz Mansur Macías:

"El temor generado por la disposición de órganos ajenos se manifiesta no sólo con el público en general, sino también entre los médicos y los agentes del Ministerio Público, aunque por otras razones además de las citadas. Entre los médicos ven como una medida de seguridad contar con la autorización expresa de los familiares, que los exonere de posibles responsabilidades. Pero en los agentes del Ministerio Público cuya especialidad no es precisamente la medicina y que tienen nivel de comprensión bajo o incorrecto de la naturaleza de la muerte

cerebral, inciden, además, su desconocimiento de la ley y los vacíos de esta, que gracias a la capacidad del cuerpo médico involucrado en el programa de donación cada vez son menos a los afectados en 1988".[32]

En el artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, de aplicación en toda la República, se establece que tiene el carácter de disponentes secundarios de los cuerpos humanos:

"III. El Ministerio Público, en relación con los órganos tejido y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV. La autoridad judicial…"

El artículo 14 del mismo reglamento agrega:

"Los disponentes secundarios a que se refiere el artículo anterior, podrán otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, de órganos y tejidos, así como de productos del disponente originario, en los términos de la ley y este reglamento.

De conformidad con la propia Ley, en los casos en que la autoridad competente ordene la necropsia no se requerirá de autorización o consentimiento alguno para disposición de órganos y tejidos, debiéndose sujetar a las normas técnicas que se expidan"...

Y el artículo 19 precisa que:

"El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de personas conocidas o que hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, de conformidad

32. (En la obra original de la nota 7 sigue 11 y en adelante la 10, 9 y 8) Mansur Macías Beatriz. Donación, prolongación de la vida. Ensayo incluido en trasplante de órganos. Compilación de Santiago-Delpín, Eduardo A. y Ruiz-Speare, J. Octavio. Páginas 198 a 208. JGH editores. Fundación TELMEX. Segunda edición. México, 1999.

con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría y siempre que no exista disposición en contrario, a título testamentario, del disponente originario y se cuente con anuencia de los disponentes secundarios a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 31 de este reglamento.

Para llevar a cabo actos de disposición de órganos y tejidos en cualquiera de los supuestos contemplados en el párrafo que antecede para fines terapéuticos, se requiere previa solicitud por escrito que se haga de acuerdo a las disposiciones de este reglamento y a las normas técnicas que explica la Secretaría".

Una debida interpretación de las anteriores normas nos lleva a las siguiente consideraciones: en primer término, el Ministerio Público y los jueces y tribunales, de todo el país, sólo tienen el carácter de deponentes secundarios exclusivamente respecto a cadáveres que se encuentren a su disposición en procesos penales; ninguna otra norma, aclaramos, les otorga tal carácter de disponentes secundarios de cadáveres que no se encuentren a su disposición. En segundo término, no existe impedimento legal alguno para que le Ministerio Público o los funcionarios jurisdiccionales permitan la extirpación y extracciones órganos y tejido, después de que los médico legistas han concluido su labor pericial sobre del cuerpo humano a su disposición o cuando la extirpación y la extracción de los órganos y tejidos no obstaculiza ni impide dicha labor pericial. Si se han cumplido las exigencias de tales disposiciones legales.

Ahora bien, ¿Están facultados los agentes del Ministerio Público y los funcionarios jurisdiccionales para negar la autorización para que se produzca la ablación y extracción de órganos y tejidos, sin justificación legal o pericial de ninguna especie? La respuesta es negativa. Ninguna autoridad puede actuar sin fundamento legal y motivación jurídica suficiente, según lo determina la Constitución Política de nuestro país. De hacerlo, su actuar constituirá muy probablemente un abuso de autoridad previsto y sancionado por las leyes penales. Más aún, será posible fincar responsabilidad penal por homicidio al funcionario que incurra en tal conducta.

A fin de cuentas, el Ministerio Público y los funcionarios jurisdiccionales están sujetos al principio jurídico de legalidad, que establece que la autoridad solo puede hacer lo que la ley expresamente le ordena o le faculta. Fuera de los casos en que el cadáver se encuentre a su disposición, tales funcionarios carecen de facultades o de mandato normativo para intervenir en todo el proceso de realización de trasplantes.

Con lo expuesto anteriormente queda claro, nos parece, que los asuntos de la definición, el diagnóstico y la determinación de la muerte, son de exclusiva competencia de los médicos, que deben ser especialistas en el caso de trasplantes. Nada tiene que hacer al respecto los agentes del Ministerio Público y los jueces, ni tampoco los médicos legistas y demás peritos médicos pertenecientes a esta misma institución, que carecen de la especialidad necesaria. Conforme al artículo 21 de la misma Constitución, al Ministerio Público compete la investigación de delitos cometidos y de los posibles responsables de su comisión por lo cual sólo si los médicos que diagnostican y declaran la muerte de una persona, lo que realizan la ablación y extracción de órganos y tejidos y los que ejecutan el trasplante incurren en alguna acción delictiva, dicha institución podrá intervenir en ejercicio de sus atribuciones legales.

Segundo punto

¿Quién, entonces, debe supervisar la rectitud médica, jurídica y ética en los trasplantes de órganos y tejidos?

Los trasplantes de órganos y tejidos, según mandan los artículos 315 de la Ley General de Salud y 29 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, de aplicación en toda la República, sólo pueden ser realizados en las instituciones hospitalarias autorizadas por la Secretaría de Salud. Según los artículos 315 de la Ley y 100 y 101 del mismo reglamento, además, los responsables de estas instituciones que realicen actos de disposición de órganos y tejidos y su componentes derivados, productos y cadáveres, deben contar con

permiso sanitario otorgado por la Secretaría de Salud, siempre y cuando tengan título profesional de médico cirujano y tengan la experiencia necesaria.

De haber en tales instituciones, como lo determinan el artículo 316 de la Ley y del artículo 34 de dicho reglamento, un comité interno de trasplantes, entre cuyas atribuciones encontramos:

"I. Verificar que los trasplantes se realicen de conformidad con los requisitos que establecen la ley, este reglamento y las normas técnicas;

II. Verificar que los trasplantes se realicen con la máxima seguridad y de acuerdo a los principios de la ética médica".

Estas mismas normas exigen que este comité este constituido con personal médico especializado en materia de trasplantes y en forma interdisciplinaria, bajo la responsabilidad de la institución, y que ese comité deberá contar con la aprobación de la Secretaría de Salud.

Ahora bien, el artículo 335 de la Ley citada ordena:

"Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en la extracción de órganos y tejidos o en trasplantes deberán contar con el entrenamiento especializado respectivo, conforme lo determinen las disposiciones reglamentarias aplicables y estar inscritos en el Registro Nacional de Trasplantes".

Cabe preguntar aquí si el Ministerio Público de las entidades federativas o el federal cuentan con peritos médicos especialistas en neurología y trasplantes que satisfagan los requerimientos de la Ley General de Salud y sus reglamentos. De no ser así, los médicos legistas que carezcan de alguna de esas especialidades y que no hayan cumplido con los requisitos legales, cuando se les designe como peritos para dictaminar si hubo o no corrección médica en el diagnóstico de muerte cerebral o para dictaminar si los médicos responsables de trasplantes incurrieron en alguna posible acción médica dolosa o culposa, estarán actuando antijurídicamente, en contra de las mencionadas disposiciones

legales y de la norma procesal penal que determina que parece ser perito en cualquier materia, se requieren conocimientos especiales. Los peritos médicos legistas que no satisfagan las condiciones legales referidas, tienen una incompetencia de origen y sus peritajes en estos casos carecen de toda validez jurídica probatoria.

A la Secretaría de Salud, conforme al artículo 313 de la Ley General de Salud y según los artículos 3º y 4º del citado reglamento, corresponde la labor de aplicación de las normas del reglamento, la supervisión de la coerción medica, ética y jurídica de los trasplantes y la emisión de todas las normas técnicas necesarias para regular todo el proceso de los trasplantes. La Secretaría de Salud cuenta con un órgano auxiliar para ello, el Centro Nacional de Trasplantes, que a su vez se auxilia del Registro Nacional de Trasplantes.

Tercer punto

El artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe que:

"las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entiende reservados a los Estados".

En lo que concierne a la función legislativa, interpretada esta norma a contrario sensu, si tal constitución expresamente establece para el Poder Legislativo Federal facultades exclusivas para legislar en una determinada materia, a los poderes legislativos de las entidades federativas le estará vedado el ejercicio de tal función en el caso, es decir, la creación de la nomas que regulen esa materia.

¿Tienen los poderes legislativos de las entidades federativas facultad constitucional para legislar en materia de salud? Nos parece que no, aunque sabemos que habrá quien sostenga lo contrario. El artículo 4º de la mencionada Constitución expresamente prescribe:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y

establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."

La fracción aludida determina:

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República…"

La Constitución, puede apreciarse, otorga la facultad legislativa exclusivamente al Congreso de la Unión en materia de salubridad general de la República, de suerte que las entidades federativas carecen de esa facultad.

La primera disposición claramente refiere que será la Ley, es decir, la Ley General de Salud, la que establezca la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Pero, a nuestro juicio, esta concurrencia no es en materia legislativa, sino de naturaleza administrativa, pues no puede afirmarse que las entidades federativas tengan reservada la facultad de legislar en tal materia ya que la Constitución expresamente y con exclusividad confiere al Congreso de la Unión esa facultad. Por otra parte la Ley General de Salud, como lo ha ordenado el invocado artículo 4º, en sus dos primeros títulos define y regula la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general en normas de exclusiva esencia administrativa. Ninguna de ellas alude siquiera a una posible facultad legislativa de las entidades federativas en esta materia. La concurrencia, a final de cuentas, se concreta a la obligación de los órganos ejecutivos federales y estatales de actuar con sujeción a la misma ley y de hacer que sus disposiciones se cumplan cabalmente.

La Ley General de Salud establece en su artículo 1º:

"la presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud

que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social".

Cuarto punto

La Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, insistimos, constituyen respecto tales materias leyes de aplicación en toda la República que deben ser acatadas por los Ministerios Públicos de la Federación y de cada entidad federativa.

Para el asunto del diagnóstico y declaración de la muerte de un ser humano, la Ley General de Salud contiene, entre otras, las siguientes normas fundamentales:

Artículo 313: *"Compete a la Secretaría de Salud:*

1. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado Centro Nacional de Trasplantes; y

2. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres".

Artículo 314, fracción II, define: *"Cadáver, al cuerpo humano en el que se compruebe la presencia de signos de muerte referidos en la fracción II del artículo 343 de esta ley…"*

El capítulo IV del título decimocuarto de la misma Ley se refiere a la *"pérdida de la vida"* y contiene varias disposiciones que trascribimos:

Artículo 343: "para efectos de este título, la pérdida de la vida ocurre

cuando:
Se presente muerte cerebral, o

I. Se presenten los siguientes signos de muerte:

1. La ausencia completa y permanente de conciencia;
2. La ausencia permanente de respiración espontánea;
3. La ausencia de reflejos del tallo cerebral, y
4. El paro cardiaco irreversible".

Artículo 344: "la muerte cerebral se presenta cuando existen los siguiente signos:

I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;

II. Ausencia de automatismo respiratorio; y

III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o

II. Electroencefalograma que demuestre ausencia de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas."

Artículo 345: *"No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los*

hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado, se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquel que presenta muerte cerebral comprobada que manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343".

Como hemos dicho anteriormente, es jurídicamente indebido e, incluso, ocioso, que los Códigos Penales de las entidades federativas, como ya ha sucedido en alguno, o cualquier otro cuerpo normativo sean adicionados para admitir como válido el criterio de muerte cerebral ya establecido y regulado en la Ley General de Salud. Al Ministerio Público y a jueces y tribunales incondicionalmente corresponde obligatoria y exclusivamente cumplir con sus disposiciones y a hacer que sean respetadas.

El problema del diagnóstico de muerte está resuelto por la Ley General de Salud, conforme a criterios científicos genéricamente aceptados, contra los cuales no existe por ahora objeción jurídica y bioética de peso suficiente. La Ley ha acogido el criterio de muerte cerebral, la descripción de los signos que los médicos deben apreciar, las pruebas que deben obtener para cerciorarse de tales signos, que han sido considerados como los más correctos, científicamente hablando. Los médicos en cada caso concreto, deben sujetarse estrictamente a tal criterio, estudiar los mencionados signos y obtener su diagnóstico de muerte. Ante la más insignificante duda, deben abstenerse de emitir semejante diagnóstico, como ya hemos establecido.

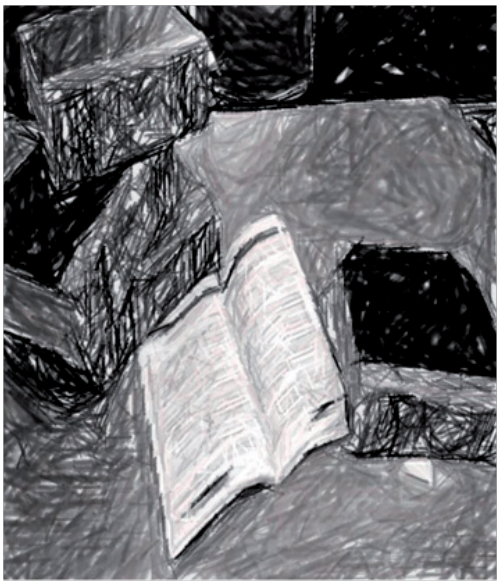
Quinto punto

Insistimos también en que los médicos neurólogos y los especialistas en trasplantes, siempre y cuando no estén interesados en el trasplante a realizar ni tengan que practicarlo, son los únicos peritos autorizados para diagnosticar la muerte de una persona humana. Tal diagnostico no puede provenir de un agente del Ministerio Público, de un Juez o Magistrado o de cualquier otro funcionario público. Tampoco puede ser válido el diagnóstico de muerte cerebral producido por un médico legista no especialista y que no haya satisfecho los requisitos legales exigidos por la ley, ni su intervención para

dictaminar pericialmente si un diagnóstico y declaratoria de muerte cerebral realizado por médico especialista autorizado fue correcta o incorrectamente realizado desde el punto de vista médico-científico.

Sexto punto

Si un médico diagnostica la muerte de una persona, sujeto al criterio de muerte cerebral, con observación en el cuerpo de todos los signos de muerte y con la práctica acuciosa de todas las pruebas técnicas establecidas por la ley, no puede ser acusado de homicidio, pues no es posible matar a quien ya está muerto. Desde luego, admitimos que pudiera haber excepcionalmente algún caso de falibilidad, en el que un cuerpo presentase todos los signos de muerte cerebral y no estuviese realmente muerto (síndrome de Lázaro, por ejemplo). Aún así, el médico que hubiese actuado con estricto apego a la Ley General de Salud no sería penalmente responsable; tampoco lo sería el médico que privase del resto de vida al paciente así declarado muerto en el momento de extraerle los órganos para realizar trasplantes.



Si algunos médicos, a pesar de que han diagnosticado la muerte de personas con entero apego a la Ley General de Salud, han sido procesados, como expresa el autor del documento, es una atrocidad que seguramente se debe a un lamentable desconocimiento de la existencia y contenido de esta legislación. El o los agentes del Ministerio Público y el o los jueces que hayan juzgado en estos supuestos casos deberían ser destituidos del cargo y ser juzgados por abuso de autoridad. A tales funcionarios más que a ningún otro, corresponde la obligación de conocer la ley.

Memoria jurídica permite que "(…) las nuevas generaciones les den nuevas lecturas a las obras que se en encuentran dispersas en las revistas del Poder Judicial (…) a fin de que se le prodigue la atención (…) ensamblando el pasado con el futuro como regla exitosa (…)".

Magistrada Claudia Barrera Rangel[33]

33. Palabras pronunciadas el 30 de mayo del 2018 en el Salón del Consejo del Poder Judicial en la presentación del segundo número de Memoria Jurídica.

Crédito fotográfico: Juez Eduardo Villagómez Amezquita

Esta memoria se terminó de imprimir en julio de 2018
en los talleres Impresos del Bajío S. A. de C. V.
Diseño: LDG Jesús Eleazar Rocha Pacheco
El tiraje consta de 500 ejemplares.

www.poderjudicial-gto.gob.mx

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

www.poderjudicial-gto.gob.mx
Circuito Superior Pozuelos No. 1
C. P. 36050, Guanajuato, Gto.
(473) 73 5 22 00